اهداءات ٢٠٠٣

أ.د/ محمد توفيق محمد الروبيني

الإسكندرية

الوسيط

في شرح القانون المدني

الجزء الثاني

نظرية الالتزام بوجه عام

المجلد الثاني

آثار الالتزام

تأليف

عبد الرزاق أحمد السنهوري

دكتور في العلوم القانونية ودكتور في العلوم السياسية والاقتصادية
ودبلومية من معهد القانون الدولي بجامعة باريس

الطبعــة الثانية

قام بتنقيحها واضافة ما جد من تشريع وقضاء وفقه

المستشار

مصطفى محمد الفقي

رئيس محكمة استئناف القاهرة
(نائب رئيس محكمة النقض سابقا)

دار النهضة العربية

٣٢ شارع عبد الخالق ثروت

١٩٨٢

القسم الثاني

آثار الالتزام

تمهيد

(١)

تنفيــــذ الالتــزام

٣٨٠ — **أثر الالتزام وأثر العقد** : أثر العقد هو انشاء الالتزام ، اذ العقد مصدر من مصادر الالتزام .*

أما أثر الالتزام فهو وجوب تنفيذه . وقـــد خلط التقنين المـــدنى الفرنسى خلطا ظاهرا بين أثر العقد وأثر الالتزام ، فعالج الأثرين معــا

---

* **« مراجع** : نذكر هنا المراجع العامة التى يعتمد عليها فى هذا القسم ، تاركين المراجع الخاصة بكل موضوع نذكرها عند الكلام فى هذا الموضوع . وقد بينا أمام كل مرجع الطبعة التى رجعنا اليها ، فعند الاشارة الى المرجع تنصرف الاشـــارة الى هـــــذه الطبعة .

الفقه الفرنسى : أوبرى ورو وبارتان جزء ٤ طبعة سادسة — بودرى وبارد الجزآن الاول والثانى طبعة ثالثة — ديموج الجزآن السادس والسابع — بلانيول وريبير وردوان جزء سابع طبعة ثانية — بيدان ولاجارد الجـــزآن الثامن والتاسع طبعة ثانية — دى باج الجزآن الثانى والثالث طبعة ثانيـــة (فى شرح القـــــانون البلجيكى) — بلانيـــــول وريبير وبولانجيـــــه الجزء الجزء الثانى طبعة سنة ١٩٥٩ — مارتى ورينو فى القانون المدنى . الجـــزء الثانى المجلد الاول طبعة سنة ١٩٦٢ — مازو دروس فى القانون المـــدنى . الجزء الثانى طبعة سنة ١٩٥٩ — مارتى ورينو فى القانون المدنى . الجـــزء الثانى . المجلد الاول طبعة سنة ١٩٦٢ — مازو دروس فى القانون المدنى . الجزء الثانى طبعة سنة ١٩٦٢ — داللوز انسكلوبيدى .

الفقه المصرى : دى هلتس — هالتون — والتون — الاستاذعبد السلام ذهنى فى نظرية الالتزامات — نظرية العقد للمؤلف — الموجز للمؤلف — الاستاذ حلمى بهجت بدوى فى نظرية العقد — الاستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فى =

مختلطين فى باب واحد ، وكان ينبغى التمييز بينهما تمييزا دقيقـا (١) .
أما التقنين المدنى المصرى السابق فقد فصـل ما بين الأثرين ، وتجنب الخلط الذى وقع فيه التقنين المدنى الفرنسى ، ولكنه كان مقتضبا كـل الاقتضاب فى بسط الأحكام المتعلقة بآثار الالتزام ، فأغفل « طائفة من أمهات المسائل التى تعرضت لها التقنينات الحديثة » (٢) . واستدرك هذا النقص التقنين المدنى المصرى الجديد ، فتناول آثار الالتزام فى بـاب رتب ترتيبا تتسلسل الأحكام فيه ، وتتعاقب النصوص على وجه قـل أن تجد له نظيرا فى التقنينات الحديثة (٣) .

وتنفيذ الالتزام اما أن يكون تنفيذا عينيا (exécution en nature) أو تنفيذا بمقابل (exécution par équivalent) عن طريق التعويض (dommages-intérêts). كذلك قـد يكـون تنفيذ الالتزام تنفيذا اختياريا (exécution volontaire) أو تنفيذا جبريا (exécution obligatoire).

= نظرية الالتزام (سنة ١٩٤٥) — الاستاذ اسماعيل غانم فى النظرية العامة لاحكام الالتزام الجزء الثانى طبعة سنة ١٩٦٧ — الاستاذ عبد الحى حجازى فى النظرية العامة للالتزام الجزء الثانى طبعة سنـة ١٩٦٧ — الاستاذ أنور سلطان ، الموجز فى النظرية العامة للالتزام الجزء الثانى طبعة سنة ١٩٧٠ — الاستاذ عبد المنعم البدراوى فى النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى الجزء الثانى ، أحكام الالتزام .

(١) بودرى وبارد ١ فقرة ٣٢٨ — فقـرة ٣٢٩ — دى باج ٣ فقـرة ٦٤ وفقرة ٦٦ .

(٢) والى هذا تشير المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ، فتقول : « قتر التقنين الحالى (القديم) فى النصوص الخاصة بآثار الالتزام تقتـيرا اغفل معه طائفة من أمهات المسائل التى تعرضت لها التقنينات الحديثة .. واذا كان قد أغفل الالتزامات الطبيعية وهى بعد مغموطة الحـق فى أغلب التقنينات ، فثمة مسائل أخرى تتصل بآثار الالتزام يكاد يكون نصيبهـا من الاغفال كاملا . وأهم هذه المسائل : التنفيذ العينى وما يقتضيـه من تنفيذ بالنسبة لاقسام الالتزام الثلاثة ، والتنفيذ بالغرامات التهديدية ، والتنفيـذ بمقابل وبوجه خاص تبعة المدين والاعفاء منها ، واجراءات التنفيذ واجراءات التحفظ . ثم ان من المسائل ما بالغ هذا التقنين فى اجمال الاحكام الخاصـة به مبالغة لا تخلو من الاخلال أحيانا ، كما هو الشأن فى الاعذار والشرط الجزائى والفوائد والدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ودعوى الصورية » .. (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٤) .

(٣) الوسيط جزء أول ص ٣٠ — ص ٣١ — وقد جـاء فى المذكرة =

٣٨١ — التنفيذ العينى والتنفيذ عن طريق التعويض : والأصل فى تنفيذ الالتزام أن يكون تنفيذا عينيا ، فيقوم المدين بأداء عين ما التزم به ، وذلك اذا توافرت شروط معينة سيأتى ذكرها . أما اذا اختل أحد هذه الشروط فان التنفيذ يكون بمقابل ، فيقوم المدين بدفع تعويض للدائن يشمل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب عدم تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا . وقد يكون التعويض هو ذاته تعويضا عينيا (réparation en nature) . فاذا التزم جار بألا يقيم حائطا فى أرضه يحجب النور عن جاره ، فان التنفيذ العينى لهذا الالتزام هو ألا يقيم الجار الحائط ، والتعويض العينى هو هدم الحائط بعد أن يكون الجار قد أقامة . ولكن التعويض العينى نادر فى العمل ، وأكثر ما يكون التعويض مبلغ من النقود .

٣٨٢ — التنفيذ الاختيارى والتنفيذ الجبرى : وسواء كان التنفيذ عينيا أو كان عن طريق التعويض ، فان المدين يدعى الى تنفيذه اختيارا . والتنفيذ الاختيارى هو الذى يقابل عنصر المديونية (Schuld) فى الالتزام ، ويدعى عادة بالوفاء (paiement) ، وموضع الكلام فية عند أسباب

= الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما ياتى : «وقد استدرك المشروع اوجه النقص المتقدمة جميعا ، وجهد فى علاج أهم وجه منها ، فعمد الى تنظيم الاعسار دون أن يكون أمامه مثال كامل يطمئن الى احتذائه كلما دعت الحاجة لذلك . ويكفى أن يشار بوجه عام الى ما تضمن هذا الباب من مسائل . فقد استهل بأحكام تمهيدية أفردت فى سياقها بعض نصوص للالتزامات الطبيعية ، ثم عرض بعد ذلك للالتزامات المدنية فعقد لها فصولا ثلاثة : تناول فى أولها التنفيذ العينى وما يتبعه من تنفيذ بالغرامات التهديدية . وخص الثانى بالنصوص المتعلقة بالتنفيذ بمقابل وما يتصل به من أحكام الاعذار ، وتقدير التعويض تقديرا قضائيا أو اتفاقيا أو قانونيا . ووقف ثالثها على ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل التنفيذ ووسائل الضمان . ويراعى أن وسائل التنفيذ أو الاستخلاص تنتظم دعاوى ثلاثا تتفرع جميعا على اعتبار الذمة ضمانا عاما للدائنين : وهى الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية . أما وسائل الضمان فيمثلها حق الحبس ، وقد بسطت أحكامه بسطا يسمو به الى مرتبة الأصول العامة . وأخيرا اختتمت نصوص هذا الفصل بالأحكام الخاصة بتنظيم الاعسار . [مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٤ — ص ٤٩٥] .

انقضاء الالتزام فهو أول هذه الأسباب وأهمها . واذا امتنع المدين عن التنفيذ اختيارا — ولم يكن الالتزام التزاما طبيعيا على النحو الذى سنبينه فيما يلى — أجبر على التنفيذ العينى أو التنفيذ بطريق التعويض على حسب الأحوال . والتنفيذ الجبرى هو الذى يقابل عنصر المسئولية (Haftung) فى الالتزام .

ولا يصح الخلط بين التنفيذ الجبرى والتنفيذ العينى واعتبارهما شيئا واحدا ، ذلك أن التنفيذ الجبرى كما قد يوجه الى تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا ، كذلك قد يوجه — بل ان هذا هو الذى يقع كثيرا — الى تنفيذ الالتزام بطريق التعويض (١) .

٣٨٣ — الضمان العام للدائنين : وجميع أموال المدين ضامنة لالتزاماته ، وهذا ما يسمى بالضمان العام (gage commun) للدائنين . والدائنون متساوون قانونا فى هذا الضمان ، لا يتقدم أحد منهم على الآخرين ، الا من خوله القانون ذلك بمقتضى حق خاص ، كرهن أو امتياز ، على مال معين للمدين ، وعندئذ لا يتقدم على سائر الدائنين الا بالنسبة الى هذا المال وحده .

والمساواة ما بين الدائنين فى التنفيذ على أموال المدين انما هى مساواة قانونية ، لا مساواة فعلية . فالقانون يجعل لكل دائن الحق فى التنفيذ على أموال مدينه ، فاذا بادر أحدهم الى التنفيذ على مال للمدين ، كان لسائر الدائنين الحق فى مشاركته فى هذا التنفيذ ومقاسمته ما ينتج منه مقاسمة الغرماء . ولكن اذا كانت هذه المشاركة جائزة قانونا ، فقد تكون غير متيسرة فعلا . ويرجع ذلك الى أسباب كثيرة : فقد يكون الدائنون الآخرون غير عالمين بما يتخذ الدائن من اجراءات التنفيذ ، واذا علموا فقد تكون اجراءات التنفيذ قد وصلت الى مرحلة لا تسمح لهم بالمشاركة الفعلية ، واذا كانت اجراءات التنفيذ لم تصل الى هذه المرحلة فقد

---

(١) دى باج ٣ فقرة ٦٧ .

يعوزهم سند قابل للتنفيذ يستطيعون بمقتضاه المشاركة الفعلية ، اذ قد تكون حقوقهم غير خالية من النزاع ، أو هى خالية من النزاع ولكنها غير مستحقة الأداء ، أو هى مستحقة الأداء ولكنها غير مقترنة بسند رسمى أو حكم قابل للتنفيذ • تلك هى بعض وجوه انعدام المساواة بين الدائنين من الناحية الفعلية ، وان كانوا جميعاً متساوين من الناحية القانونية كما قدمنا •

والدائن ، قبل أن يتخذ الاجراءات التنفيذية ، قد يتخذ اجراءات تحفظية يكون الغرض منها المحافظة على أموال المدين حتى يتمكن من التنفيذ عليها •

وبين الاجراءات التحفظية والاجراءات التنفيذية توجد مرحلة وسطى من الاجراءات ، هى فوق الأولى ودون الثانية ، يمهد بها الدائن الى التنفيذ ولا يقتصر على مجرد المحافظة على أموال المدين • هذه الاجراءات التمهيدية هى الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية وحبس مال المدين وشهر اعساره • وفى شهر اعسار المدين — كما سنرى — ضمان أقوى للمساواة ما بين الدائنين ، وان كان ذلك لا يبلغ مبلغ شهر الافلاس ، فلا تزال اجراءات التنفيذ بعد شهر الاعسار اجراءات فردية لا جماعية •

٣٨٤ — الموضوعات التى يتناولها هذا القسم من الكتاب : هذه هى الموضوعات التى يتناولها هذا القسم من الكتاب فى آثار الالتزام : التنفيذ العينى ،ثم التنفيذ بطريق التعويض ، ثم القاعدة التى تقضى بأن أموال المدين تكفل تنفيذ التزاماته وما تتضمنه هذه القاعدة من الاجراءات التمهيدية وهى الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية والحق فى الحبس والاعسار •

قبل ذلك — وفى هذا التمهيد — نتكلم فى الالتزام الطبيعى والالتزام المدنى ، وهما يفترقان من حيث الجبر فى التنفيذ ، فالالتزام الطبيعى لا جبر فى تنفيذه ، وينفذ الالتزام المدنى جبرا على المدين •

(٢)

الالتزام الطبيعى والالتزام المدنى

٣٨٥ ـ **النصوص القانونية** : تنص المادة ١٩٩ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ ـ ينفذ الالتزام جبرا على المدين » .

« ٢ ـ ومع ذلك اذا كان الالتزام طبيعيا فلا جبر فى تنفيذه (١) » .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق (٢) ، ولكن حكمه كان مطبقا من غير نص .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٠٠ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٠٢ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢ ، وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٢٨٠ ، وفى التقنين المدنى الاردنى م ٣١٣ (٣) . ولم يرد فى التقنين

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٢٧٤ والفقرة الاولى من المادة ٢٧٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « م ٢٧٤ ـ يجبر المدين على تنفيذ التزامه . م ٢٧٥ فقرة أولى ـ ومع ذلك اذا كان الالتزام طبيعيا ، فان المدين لا ينفذه الا باختياره » . وفى لجنة المراجعة أدمج النصان فى نص واحد ، هو المادة ٢٠٥ من المشروع النهائى ، على الوجه الآتى : « ١ ـ ينفذ الالتزام جبرا على المدين . ٢ ـ ومع ذلك اذا كان الالتزام طبيعيا فلا جبر فى تنفيذه » . ووافق مجلس النواب على النص كما هو ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ١٩٩ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٦ ـ ص ٤٩٧) .

(٢) انظر مع ذلك المادة ١٤٧/٢٠٨ من التقنين المدنى السابق ، وسيأتى ذكرها .

(٣) **التقنينات المدنية العربية الاخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٠٠** (مطابقة لنص المادة ١٩٩ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٢٠٢ (مطابقة لنص المادة ١٩٩ من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢ : الموجب المدنى هو الذى يستطيع الدائن أن يوجب تنفيذه على المديون ، والموجب الطبيعى هو واجب قانونى لايمكن تطلب تنفيذه ، على أن تنفيذه الاختيارى يكون له من الشأن والمفاعيل ما يكون لتنفيذ الموجب المدنى .

=

المدنى العراقى نص مقابل ، ولكن ذلك لا يفيد ضرورة أن القانون المدنى العراقى لا يعترف بالالتزام الطبيعى ، ففى المبادىء العامة وفى مبادىء الفقه الاسلامى (١) ما قد يستعاض به عن النص للاعتراف بالالتزام الطبيعى فى هذا القانون (٢) .

٣٨٦ — مكان الالتزام الطبيعى وتمييزه عن الالتزام المدنى : ويتبين من النص المتقدم أن التقنين المدنى الجديد ، وهو فى مستهل الكلام فى آثار الالتزام ، عمد الى ابراز التمييز ما بين الالتزام الطبيعى والالتزام المدنى ، فالأول لا جبر فى تنفيذه (٣) ، أما الثانى فيجبر المدين فيه على التنفيذ . وهذا التمييز يرجع الى أثر الالتزام من حيث جواز اجبار المدين على تنفيذ التزامه ، ومن ثم استطاع التقنين الجديد أن يجد مكانا صالحا للالتزام الطبيعى يبين فيه حالاته ويبسط أحكامه .

ولم يذكر التقنين المدنى السابق الالتزام الطبيعى الا عرضا ، وفى موطن ليس مظنة لوجوده فيه . فهو يشير اليه فى مناسبة دفع غير المستحق ، ويقول فى المادة ١٤٧ /٢٠٨ : « انما من أعطى باختياره شيئا لآخر وفاء لدين يعتقد ملزوميته به ولو لم يوجبه القانون ، لا يكون له

= التقنين المدنى الكويتى م ٢٨٠ : ١ — اذا لم ينفذ المدين الالتزام باختياره ، نفذ جبرا عليه ٢ — ومع ذلك ، اذا كان الالتزام طبيعيا ، فلا جبر فى تنفيذه .

التقنين المدنى الاردنى م ٣١٣ : ١ — ينفذ الحق جبرا على المدين به عند استحقاقه متى استوفى الشرائط القانونية . ٢ — فاذا افتقد الحق حماية القانون لاى سبب فلا جبر فى تنفيذه ويصبح حقا طبيعيا يجب فى ذمة المدين .

(١) ومبادىء الفقه الاسلامى مصدر من مصادر القانون المدنى العراقى (أنظر المادة الاولى من التقنين المدنى العراقى) .

(٢) وقد بحث الدكتور حسن على الذنون فى كتابه « احكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى » بغداد سنة ١٩٥٤ (ص ١١٧ — ص ١٢٤) موضوع الالتزام الطبيعى على النحو المعروف فى كتب الفقه الغربى ، ولم يبين مبلغ جواز الاخذ فى القانون المدنى العراقى بالاحكام التى بسطها فى ذلك ، بعد أن اغفل التقنين المدنى العراقى الاشارة الى الالتزام الطبيعى .

(٣) استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٣٧ .

استرداده » • وقد قصد بالدين الذى لا يوجبه القانون ولكن المدين يعتقد ملزوميته به الالتزام الطبيعى ، وبين حكم الوفاء بهذا الالتزام •

وكذلك فعل التقنين المدنى الفرنسى ، فقد ذكر الالتزام الطبيعى استطرادا فى المادة ١٢٣٥ فى صدد الكلام فى الوفاء (paiement) على الوجه الآتى : « ١ — كل وفاء يفترض وجود دين ، وما دفع دون استحقاق يجوز استرداده • ٢ — على أنه لا يجوز الاسترداد فى الالتزامات الطبيعية اذا كان الوفاء بها قد تم اختيارا » (١) •

وقل فى التقنينات ، حتى الحديثة منها ، ما يعرض للالتزام الطبيعى فى أكثر من نص أو نصين (٢) •

أما التقنين المدنى الجديد فقد أولى الالتزام الطبيعى ، فى مناسبة التمييز بينه وبين الالتزام المدنى ، شيئا من العناية ، فعرض فى نصوص أربعة الى بيان حالاته وبسط أحكامه (٣) • وبدأ ، كما قدمنا ، بالتمييز بين الالتزام الطبيعى والالتزام المدنى ، فقابل فيما بينهما من ناحية الجبر

---

(١) وهذا هو الأصل فى نصه الفرنسى :

Art. 1235: Tout paiement suppose une dette: ce qui a été payé sans être du est sujet à répétition. La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées.

(٢) انظر التقنين المدنى الألمانى المادة ٨١٤ — وتقنين الالتزامات السويسرى م ٧٢ فقرة ٢ — والتقنين الأرجنتينى م ٥١٦ — ٥١٨ — والتقنين الشيلى م ١٤٧٠ و ١٤٧٢ و ١٦٣٠ • وكذلك فصل تقنين الموجبات والعقود اللبنانى أحكام الالتزام الطبيعى فى المواد من ٢ الى ٨ •

(٣) وقد ورد فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « اختص المشروع الالتزامات الطبيعية بمواد أربع • ويراعى أن هذه الالتزامات تمتاز عن غيرها ، بوجه خاص ، بما يكون لها من آثار • فسمة الالتزام الطبيعى هى اجتماع مكنة ترتيب الاثر القانونى وفكرة انتفاء الجزاء ، ولهذا كان الباب المعقود لآثار الالتزام خير موضع لأحكامها • ومهما يكن من أمر هذا الوضع ، فليس شك فى أنه يفضل وضعها فى التقنين الحالى (السابق) ، حيث اجملت كل الاجمال ، فى معرض القواعد الخاصة بدفع غير المستحق : انظر المادة ١٤٧/٢٠٨ من التقنين المصرى (السابق) • واذا كان من غير الميسور بيان صور الالتزام الطبيعى على سبيل الحصر ، فليس ثمة بد من أن =

على التنفيذ (١) . ونحن نتابعه فى ذلك ، ونتناول بالكلام من هذه الناحية الالتزام الطبيعى ثم الالتزام المدنى .

أ — الالتزام الطبيعى *

(Obligation naturelle)

٣٨٧ — الالتزام الطبيعى وسط فى المرتبة بين الالتزام المدنى والواجب الأدبى : الالتزام الطبيعى واجب أدبى يدخل فى منطقة القانون ، فيعترف به القانون الى مدى معين . وهذا المدى الذى يقف عنده القانون فى الاعتراف بالالتزام الطبيعى هو التنفيذ الاختيارى : لا يجبر المدين فى الالتزام الطبيعى على التنفيذ القهرى ، ولكن التنفيذ الاختيارى معتبر . فاذا قام المدين بتنفيذ التزامه طوعا وهو على بينة من أمره ، أى اذا كان يعلم أن القانون لا يجبره على التنفيذ ولكنه مع

= يترك أمرها لتقدير القضاء ، ليقرر فى أى الاحوال وبأى الشروط يعتبر الواجب الادبى واجبا يعترف به القانون . وليس يحد من سلطان القضاء فى هذا الشأن الا وجوب مراعاة النظام العام والآداب ، فلايجوز له اقرار الالتزام الطبيعى بأى حال متى كان مخالفا لهما : انظر المادة ٢٠٦ فقرة ٢ من المشروع . ويختلف عن ذلك شأن ما يترتب على الالتزام الطبيعى من آثار ، فمن الميسور تحديدها تحديدا تقريبيا ، ولا سيما أنها جد قليلة . ومن المأثور أن الالتزام الطبيعى فى القانون الحديث يفترق عن صنوه عند الرومان بأنه أكثر صورا فى نطاق التطبيق ، وأقل انتاجا فى نطاق الآثار ، وهو بهذا يعوض فى ناحية ما يفوته فى الناحية الأخرى . وتنحصر هذه الآثار فى أمرين لا أكثر : أولهما أن أداء المدين اختيارا لما يجب عليه بمقتضى التزام طبيعى يكون له حكم الوفاء ولا يعتبر تبرعا : المادة ٢٠٧ من المشروع . والثانى أن هذا الالتزام يصلح سببا لالتزام مدنى . وفيما عدا هذين الأثرين لا يرتب الالتزام الطبيعى أى اثر آخر ، فلا يجوز على وجه الخصوص أن يقاص فى التزام مدنى أو أن يكفل كفالة شخصية أو عينية (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٥ — ص ٤٩٦) .

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٧) .

* مراجع : بنكاز ملحق بودرى جزء خامس — ديموج جزء أول =

ذلك يؤدى الى الدائن ما يحس أن ضميره يلزمه بأدائه ، فانه لا يستطيع أن يسترد ما دفعه تنفيذا لهذا الالتزام الطبيعى ، اذ أن ما دفعه ليس هبـــة (libéralité) يجوز له الرجوع فيها ، بل هو وفـــاء (paiement) لالتزام فى ذمته • وهذا كله بخلاف الالتزام المدنى ، فان هذا الالتزام لا يقتصر الأمر فيه على أن المدين اذا وفاه لا يستطيع أن يسترده ، بـــل أيضا اذا هو لم يوفه أجبر على الوفاء •

واذا رجعنا الى ما قدمناه فى الجزء الأول من هذا الكتاب (١) من أن الالتزام المدنى يشتمل على عنصرين ، عنصر المديونية (devoir, Schuld) وعنصر المسئولية (engagement, Haftung) ، رأينا أن الالتزام الطبيعـــى لا يحتوى من هذين العنصرين الا على العنصر الأول وحده ، وهو عنصر المديونية • فالمدين بالتزام طبيعى مدين ، لا فى حكم الضمير فحسب ، بل أيضا فى حكم القانون ، ومن هنا اذا وفى الدين لم يستطع اســـترداده ، فهذا هو عنصر المديونية قد توافر فيه • ولكن المدين لا يجبر على الوفاء اذا لم يرد ذلك عن بينة واختيار ، فهذا هـــو عنصر المســـئولية قـــد انفصـــل عنـــه •

ونرى من ذلك أن الالتزام الطبيعى هو واجب أدبى ارتفعت منزلتـــه فى نظر القانون حتى قارب أن يكون التزاما مدنيا • فهو وســـط ما بين

= ريبير فى القاعدة الخلقية فقرة ١٨٦ وما بعدها — بلانيول (مقال له فى المجلة الانتقادية سنة ١٩١٣) — بيرو (Perreau) (مقال له فى مجلة القانون المدنى الفصـــلية سنة ١٩١٣) — بارو (Barraud) رسالة من باريس سنة ١٩٠٨ • أيونسكو (Ionesco) رسالة من باريس ســـنة ١٩١٢ — سيفير (Sieffert) رسالة من باريس سنة ١٩١٥ — برو (Barreau) رسالة من كان سنة ١٩١٥ — سافاتييه (Savatier) رسالة من بواتييه سنة ١٩١٦ — سندرييه (Cendrier) رسالة من باريس سنة ١٩٣٢ — فابيوكندر كومباراتو Fabico Konder Comparate رســـالة من باريس ســـنة ١٩٦٤ «Essai d'analyse dualiste de l'obligation eu droit pniné»

(١) الوسيط الجزء الاول الطبعة الثالثة فقـــرة ٩ ص ٣٩ هـــامش رقم ١ — فابيوكندر كومباراتو السابق ص ١٧٧ — ١٨٤ •

المرتبتين سما عن أن يكون مجرد التزام أدبى (devoir moral) ، لم يبلغ أن يصير التزاما مدنيا (obligation civile). • فهـو التزام طبيعى (obligation naturelle) ، يعترف به القـانون فيرتفع بـه عن الواجب الأدبى ، ولا يرتب عليه الا بعض الآثار فينزل به دون الالتزام المـدنى •

ومن ثم يقف الالتزام الطبيعى فى الحد الفاصل ما بين الأخـلاق والقانون • والتسليم بوجوده اعتراف من القانون بعض الواجبات التى تمليها الأخلاق والآداب • واذا كان النظام العام بابا تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والأدبية فتؤثر فى القانون وروابطه ، فهذا هو الالتزام الطبيعى باب آخر تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصـادية والأدبية الى القانون • والقاضى هو الذى يحدد الالتزامات الطبيعيـة ، كما هو الذى يحدد النظام العام ، مسترشدا فى ذلك بآداب الجيـل من ناحية المجموع ، وبواجب الضمير من ناحية الفرد • فـاذا وقف أمـام واجب أدبى لم يبلغ أن يكون التزاما مدنيا ، ولكنه قدر أنه التزام تحتمه أخلاق البيئة ويقضى به ضمير الفرد ، أقره التزاما طبيعيا ، ورتب علية أثره •

فلو أن فقيرا أنقذ مثريا من الغرق ، التزم المثرى نحو الفقير : (أولا) بما تجشمه الفقير من خسارة فى انقاذه وذلك بدعوى الفضالة ، وهذا هو التزام مدنى — (ثانيا) وباجازة الفقير على انقاذه ، وهذا هـو التزام طبيعى — (ثالثا) وبالاحسان الى هذا الفقير من حيث هو فقير ، وذلك حتى لو لم يكن هو الذى أنقذه ، وهذا هو واجب أدبى (١) •

ونتكلم الآن فى الحالات التى يقوم فيهـا الالتزام الطبيعـى وفى الآثار التى تترتب عليه •

---

(١) انظر فى كل هذا الموجز للمؤلف فقرة ٤٥٧ — وانظـر أيضا : استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٣٧ •

١ ــ الحالات التى يقوم فيها الالتزام الطبيعى

٣٨٨ ــ النصوص القانونية : تنص المادة ٢٠٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يقدر القاضى ، عند عدم النص ، ما اذا كان هناك التزام طبيعى • وفى كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعى يخالف النظام العام » (١) •

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن حكمه كان مطبقا من غير نص •

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٠١ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٠٣ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣ ، وفى التقنين المدنى الكويتى م ٢٨١ (٢) • ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى العراقى ولا فى التقنين المدنى الأردنى •

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى الفقرة الثانية من المادة ٢٧٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ويقرر القاضى ، عند عدم النص ، متى يعتبر الواجب الادبى التزاما طبيعيا • وفى كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعى يخالف النظام العام » • وفى لجنة المراجعة جعلت هذه الفقرة مادة مستقلة مع تحوير فى اللفظ جعلها مطابقة لما استقرت عليه فى التقنين الجديد ، وأصبح رقمها ٢٠٦ فى المشروع النهائى • ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٠٠ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٨ ــ ص ٤٩٩) •

(٢) **التقنينات المدنية العربية الاخرى : التقنين المدنى السورى** م ٢٠١ (مطابقة لنص المادة ٢٠٠ من التقنين المدنى المصرى) •

التقنين المدنى الليبى م ٢٠٣ : يقدر القاضى ، عند عدم النص ، ما اذا كان هناك التزام طبيعى يقوم على أساس واجب أدبى أو اجتماعى • وفى كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعى يخالف النظام العام • (ولا فرق فى الحكم ما بين هذا النص ونص التقنين المصرى) •

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣ : للقاضى عند انتفاء النص ، أن يفصل فيما اذا كان الواجب المعنوى يتكون منه موجب طبيعى أو لا • ولا يمكن أن يكون الموجب الطبيعى مخالفا لقاعدة من قواعد الحق العام (ولا فرق أيضا فى الحكم ما بين هذا النص ونص التقنين المصرى) •

التقنين المدنى الكويتى م ٢٨١ : يقدر القاضى ، عند عدم النص ، متى =

٣٨٩ — سلطة التقدير للقاضى — رقابة محكمة النقض : ويتبين من هذا النص أن البت فيما اذا كان واجب أدبى قد ارتقى الى منزلة الالتزام الطبيعى أمر متروك تقديره الى القاضى (١) ، هذا ما لم يوجد نص تشريعى يقضى فى حالة معينة أن هناك التزاما طبيعيا ، فيجب اعمال النص (٢) • مثل ذلك ما ورد فى الفقرة الأولى من المادة ٣٨٦ من أنه « يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ، ومع ذلك يتخلف فى ذمة المدين التزام طبيعى » •

والقاضى ، وهو يحدد الالتزامات الطبيعية فى الحالات التى تعرض له ، يبت فى مسألة قانون يخضع فيها لرقابة محكمة النقض ، ومسألة واقع لا يخضع فيها لهذه الرقابة •

أما مسألة القانون فهى تحديد العناصر التى يتكون منها الالتزام الطبيعى ، وتكييف الوقائع الثابتة عنده تكييفا قانونيا ، ومطابقة ما يجب توافره من العناصر على ما ثبت عنده من الوقائع مكيفة التكييف القانونى الصحيح • وهو فى تحديده لعناصر الالتزام الطبيعى أقرب الى المشرع منه الى القاضى ، اذ قد فوض له المشرع أن يقدر ، عند عدم النص ، ما اذا كان هناك التزام طبيعى • ويستأنس فى عمله بما استقر فى القضاء والفقه ، مستمدا تقديره من روح التشريع والعرف ومبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، لا باعتبارها مصادر مباشرة يجب الرجوع اليها عند انعدام النص ، بل باعتبارها المصادر الطبيعية التى يسترشد بها القاضى مع وجود النص الذى يكل اليه أمر التقدير • ومن

= يعتبر الواجب الأدبى التزاما طبيعيا ، مراعيا فى ذلك الوعى العام فى الجماعة ، وفى كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعى يخالف النظام العام ، (ولا فرق أيضا فى الحكم ما بين هذا النص ونص التقنين المصرى) •

(١) ويرى الاستاذ اسماعيل غانم ان سلطة القاضى فى تقدير وجود الالتزام يجب ان يستند الى ما وقر فى ضمير الجماعة وارتفع الى مرتبة الالتزام الطبيعى (راجع مؤلفه النظرية العامة للالتزام الجزء الثانى فقرة ١١٨) •

(٢) فالقاضى يأتى وراء المشرع فى تحديد الالتزامات الطبيعية ، فاذا ما وقف المشرع قام القاضى بدوره (انظر جوسران ٢ فقرة ١٧٨) •

ثم فلا يرتبط فى شأنها بترتيب خاص كما كان يرتبط لو أن هذه كانت هى المصادر المباشرة التى يستخلص منها الحلول القانونية وفقا للمادة الأولى من التقنين المدنى ٠

أما مسألة الواقع التى يبت فيها القاضى دون تعقيب عليه من محكمة النقض فهى تحصيل الوقائع الثابتة مما يقدم له من الأوراق والمستندات وغير ذلك من الأدلة (١) ٠

وننظر الآن كيف يستطيع القاضى أن يحدد العناصر التى يتكون منها الالتزام الطبيعى ، ممهدين لبيان ذلك بالصعود الى الأصل التاريخى لهذا النوع من الالتزام ، ومستعرضين النظريتين التقليدية والحديثة فى هذا الشأن ، ثم معقبين بذكر بعض الحالات المعروفة للالتزام الطبيعى بعد أن نكون قد حددنا العناصر التى يتكون منها ٠

٣٩٠ — الأصل التاريخى للالتزام الطبيعى : يصعد الالتزام الطبيعى فى أصله الى القانون الرومانى ٠ وكان الرومان يعترفون بعدد كبير من الالتزامات الطبيعية ، ويجعلون للالتزام آثار بعيدة المدى ٠ أما القانون الحديث فهو يعترف أيضا بعدد كبير من الالتزامات الطبيعية (٢) ، ولكن يرتب على الالتزام الطبيعى آثارا أقل مما كان يرتبه القانون الرومانى (٣) ٠

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٨٤ — قارن دى باج ٣ فقرة ٦٢ ص ٧٣ ٠

(٢) وليس هذا العدد بأقل مما كان فى القانون الرومانى ، بل لعله أكبر ٠ ذلك أنه اذا كان كثير من الالتزامات التى كان القانون الرومانى يعتبرها التزامات طبيعية ، عن طريق اختلال الشكل أو عن طريق النظم الرومانية الخاصة كنظام الرق ونظام السلطة الأبوية ، قد أصبحت الآن التزامات مدنية ، فقد نبتت من جهة أخرى التزامات طبيعية كثيرة استجدت فى القانون الحديث عن طريق تسرب العوامل الخلقية والأدبية والاجتماعية الى منطقة القانون ٠

(٣) كولان وكابيتان وموراندبير ٢ فقرة ٤٦٠ ٠

والالتزام الطبيعى فى القانون الرومانى كان نتيجة مباشرة لما يحتويه هذا القانون من أوضاع ورسوم وأشكال ومن نظم خاصة كنظام الرق ونظام السلطة الأبوية • فكان هناك التزام طبيعى حيث يختل الشكل المطلوب ، وحيث توجد علاقة تبعية بين الدائن والمدين بأن يكون هذا ابنا لذاك أو عبدا له ، وحيث يكون المدين ناقص الأهلية • ففى هذه الحالات وغيرها تأبى الأوضاع الرومانية أن يقوم التزام مدنى ، فيقوم بدلا منه التزام طبيعى تترتب عليه بعض آثار الالتزام المدنى ، وهى آثار أبعد مدى مما يقره القانون الحديث • فكانت فكرة الالتزام الطبيعى من بين الوسائل التى تخفف بها القانون الرومانى من الشكلية العرقة التى كانت تحيط به ، ومن الأبواب التى انفتحت لادخال بعض عناصر المرونة فيما جمد من قواعد هذا القانون •

وفى القانون الفرنسى القديم توسع القانون الكنسى توسعا كبيرا فى الالتزامات الطبيعية ، فجعلها تمتد الى كل التزام يوجبه الضمير ، وكادت منطقة الالتزام الطبيعى تكون هى عين منطقة الواجب الأدبى • ولكن دوما (Domat) تلقى فكرة الالتزام الطبيعى عن القانون الرومانى ، فجعله محصورا فى التزام المدين ناقص الأهلية بعد أن زالت الأشكال والأوضاع الرومانية • أما بوتييه (Pothier) فعلى النقيض من دوما نقل فكرة القانون الكنسى ، وعارض بها فكرة القانون الرومانى (١) • فعنده أن الالتزام الطبيعى هو ما يلتزم به الانسان أمام الضمير (qui oblige dans le for de la conscience) ، أما الالتزام المدنى فهو يلتزم به أمام العالم الخارجى (qui oblige dans le for extérieur) على أن بوتيه كان يميز تمييزا واضحا بين الالتزام الطبيعى والواجب الأدبى (٢) •

---

(١) بوتييه فى الالتزامات فقرة ١٩١ •

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٥٤ ص ٧٤٣ •

٣٩١ — النظرية التقليدية فى الالتزام الطبيعى — الالتزام المدنى المتحلل : قامت النظرية التقليدية فى الالتزام الطبيعى فى القانون الحديث على الفكرة الرومانية الضيقة ، لا على فكرة القانون الكنسى الواسعة . فالالتزام الطبيعى يرتبط ارتباطا وثيقا بالالتزام المدنى ، ويبتعد كثيرا عن الواجب الأدبى . فهو فى الأصل التزام مدنى عاقه مانع قانونى عن أن يرتب آثاره . وهذا المانع قد يوجد منذ البداية عند نشأة الالتزام ، كأن يكون العقد قابلا للابطال لنقص الأهلية . وقد يكون المانع جد بعد نشأة الالتزام وبعد أن تولدت آثاره ، كما يقع ذلك فى التقادم أو فى الصلح مع المفلس (concordat) ، فينقضى الالتزام المدنى ويتخلف عنه التزام طبيعى .

وهذه النظرية التقليدية ، كما نرى ، تجعل الالتزام الطبيعى نوعا من الالتزام المدنى ، فهو التزام مدنى متحلل (obligation civile dégénerée) عاقة مانع قانونى عن أن يولد آثاره كاملة .

والذى وجه النظرية التقليدية هذا التوجيه عاملان : ١ — تقاليد القانون الرومانى التى سبق ذكرها ، وقد نقلت عن دوما كما أسلفنا القول . ٢ — الرغبة فى فصل منطقة القانون عن منطقة الآداب والأخلاق ، فلا يكون الالتزام الطبيعى واجبا أدبيا اعترف به القانون ولو الى مدى محدود ، ولا يكون جسرا يصل ما بين منطقتى القانون والآداب ، بل يكون التزاما مدنيا منذ الأصل لم يبرح منطقة الالتزامات المدنية ، فتبقى هذه المنطقة منفصلة انفصالا تاما عن منطقة الآداب والأخلاق . وظن أنصار النظرية التقليدية أن هذا الوضع من شأنه أن يضبط حالات الالتزام الطبيعى ضبطا دقيقا ، فلا يكون هناك مجال للتحكم ، مادام الالتزام الطبيعى لا يعدو ان يكون التزاما مدنيا أصابه هذا التحلل بسبب مانع قانونى .

وعيب هذه النظرية التقليدية واضح . فهى تحاول محاولة فاشلة أن تفصل ما بين منطقتى القانون والآداب فصلا تاما ، فتتغفل فى سبيل

هذا الفصل المميز الأول للالتزام الطبيعى • ذلك أن الالتزام الطبيعى ليس الا مظهرا لاعتراف القانون بالواجبات الأدبية ، فيرقى بها فى بعض الحالات الى حد أن يرتب عليها أثرا قانونيا ، فيدخلها فى حظيرة القانون • فالالتزام الطبيعى اذن هو واجب أدبى اعترف به القانون ، قبل أن يكون التزاما مدنيا متحللا • بل قد لا يكون بتاتا التزاما مدنيا متحللا ، وينشأ منذ البداية واجبا أدبيا يعترف به القانون ويدخله فى منطقته • وهذا ما تكفلت ببيانه النظرية الحديثة فننتقل الآن اليها •

٣٩٢ — النظرية الحديثة فى الالتزام الطبيعى — الواجب الأدبى :

تركت النظرية الحديثة النظرة الرومانية الضيقة للالتزام الطبيعى باعتباره التزاما مدنيا متحللا ، الى النظرة الواسعة التى اعتنقها القانون الكنسى وقال بها بوتييه • فاعتبرت الالتزام الطبيعى واجبا أدبيا (devoir moral) ارتقى به القانون ، فاعترف له ببعض الآثار ، سواء كان واجبا أدبيا منذ بدايته ، أو نشأ التزاما مدنيا ثم عاقه مانع قانونى عن أن يولد جميع آثاره •

فلا تلازم اذن بين الالتزام الطبيعى والالتزام المدنى كما تزعم النظرية التقليدية • بل ان الالتزام الطبيعى هو الذى يصل ما بين منطقتى القانون والآداب ، اذ هو النقطة المشتركة فى المنطقتين ، فهو فى منطقة الآداب من حيث هو واجب أدبى ، وهو فى منطقة القانون من حيث أنه يولد بعض الآثار القانونية • وما دام فى مرتبة وسطى بين الالتزام المدنى والواجب الأدبى ، فهو اما أن يكون التزاما مدنيا نزل عن مرتبته بزوال عنصر المسئولية مع بقاء عنصر المديونية ، واما أن يكون واجبا أدبيا ارتفع عن مرتبته بقيام عنصر المديونية فيه دون عنصر المسئولية • وفى الحالتين يكون الالتزام الطبيعى مشتملا على عنصر المديونية دون عنصر المسئولية •

ويخلص من ذلك أن النظرية الحديثة تنظر الى الالتزام الطبيعى باعتبار أنه واجب أدبى تفرضه الأخلاق أولا ، ثم يتدخل فيه القانون

بقدر محدود ، فيعترف به مديونية لا مسئولية ، ويسلم فيه بالتنفيذ الاختيارى دون التنفيذ الجبرى • وهذا الاعتبار يصدق سواء كان الالتزام الطبيعى واجبا أدبيا منذ البداية ، أو نشأ التزاما مدنيا ولم تترتب آثاره لمانع قانونى فاستحال واجبا أدبيا يرتب عليه القانون بعض الآثار (١) •

---

(١) والى هذه النظرية الحديثة يشير الحكم الآتى من محكمة الاستئناف المختلطة : قصدت المادة ٢٠٨ ، باحلالها لفظ « الواجب » محل عبارة « الالتزام الطبيعى » الواردة فى المادة ١٢٣٥ من التقنين المدنى الفرنسى ، أن تتوسع فى فكرة الالتزام الطبيعى ، فتجعلها أكثر اتساقا مع حالة من الحضارة التزمت مستوى عاليا فى فهم قوانين الشرف (honneur) ودقة السلوك (délicatesse). فيوجد الالتزام الطبيعى فى جميع الاحوال التى يلتزم فيها شخص نحو آخر ، مدفوعا فى ذلك ، لا فحسب بوازع من الضمير (conscience) أو بوازع من الشرف (honneur) ، بل أيضا بوازع من دقة السلوك (délicatesse) (استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١١١) •

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « تعرض الفقرة الثانية من هذه المادة لصور الالتزام الطبيعى ، فتكل أمر الفصل فيها الى تقدير القاضى ، لتعذر الاحاطة بها على سبيل الحصر • والحق أن أحكام القضاء حافلة بضروب من الواجبات الادبية أنزلت منزلة الالتزامات الطبيعية • على أن الفقه يقسم تطبيقات الالتزام الطبيعى تقسيما سهل المأخذ ، فيردها الى طائفتين : تنظيم أولاهما ما يكون أثرا تخلف عن التزام مدنى تناسخ حكمه ، كما هو شأن الديون التى تسقط بالتقادم أو تنقضى بتصالح المفلس مع دائنيه أو يقضى ببطلانهم لعدم توافر الأهلية • ويدخل فى الثانية ما ينشأ واجبا أدبيا من الاصل ، كالتبرعات التى لا تستوفى فيها شروط الشكل (الصحيح أن تنفيذ هذه التبرعات انما هو اجازة لها وليس تنفيذا لالتزام طبيعى كما سنرى) ، والتزام الشخص بالانفاق على ذوى القربى ممن لا تلزمه نفقتهم قانونا ، والالتزام باجازة شخص على خدمة أداها » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٨ — ص ٤٩٩) •

هذا ويذهب دى باج الى أن الالتزام الطبيعى لا وجود له • فهو قبل تنفيذه أو الاعتراف به سببا لالتزام مدنى ، لايمكن أن يكون له أثر قانونى ، فليس له وجود • وهو بعد تنفيذه أو الاعتراف به سببا لالتزام مدنى ، يكون قد حل محله التزام مدنى ، فلم يعد له وجود • فلايوجد اذن التزام طبيعى بهذا الوصف فى أية مرحلة من المرحلتين (دى باج ٣ ص ٦٤ — ص ٦٦) • وهذا النظر يغفل أن من الواجبات الادبية مايمكن أن يصبح التزاما مدنيا بتنفيذه أو بالاعتراف به سببا لالتزام مدنى ، ومنها ما لا يصلح لذلك • فالاولى ، دون الثانية ، هى التى تسمى بالالتزامات الطبيعية • والواقع من الامر أن =

٣٩٣ ــ عناصر الالتزام الطبيعى : ويمكن القــول ، اســتخلاصا من النظرية الحديثة على النحو الذى قدمناه ، ومن الرجــوع الى نص التقنين المدنى الذى سبق ايراده ، ان للالتزام الطبيعى عناصر ثلاثة :

(العنصر الأول) واجب أدبى يتميز فى نطاق محدد بحيث يكــون قابلا للتنفيذ • فيخرج بذلك من دائرة الابهام والغموض التى تغمر عادة منطقة الواجبات الأدبية الى دائرة التحديد والوضوح التى تميز منطقة الالتزامات المدنية • وهذا الواجب الأدبى اما أن يكون فى أصله التزاما مدنيا ثم انقلب التزاما طبيعيا لسبب قانونى منع من أن يترتب عليه كــل

= الالتزام الطبيعى قبل تنفيذه أو الاعتراف به سببا لالتزام مدنى له وجود قانونى محقق ، أذ هو فى هذه المرحلة الاولى التزام قابل للتنفيذ الاختيارى وقابل لان يكون سببا لالتزام مدنى ، وهذا كاف فى ثبوت وجوده القانونى •

ويذهب بودرى وبارد (جزء ٢ فقرة ١٦٦٨ وما بعدها) مذهبا ضيقا فى الالتزام الطبيعى ، فيحصره فى حالات قليلة هى أقرب الى النظرية التقليدية •

ويتحفظ بارتان (فى تعليقــاته على أوبرى ورو) ويرى الوقوف موقفا معتدلا ما بين النظرية التقليدية التى تضيق فى حالات الالتزام الطبيعى تضييقا شديدا والنظرية الحديثة التى توسع فى هذه الحالات توســيعا مفرطا ، وهو عين الموقف المعتدل الذى وقفه أوبرى ورو من هذه المسألة (أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٧ وهامش رقم ٢٦ مكرر) • على أنه يبدو أن أوبرى ورو وسعا فى حالات الالتزام الطبيعى دون أن يصرحا بوجــود التزام طبيعى قائم ، واكتفيا بالقول ان الاسترداد لا يجوز فى هذه الحالات ، وأن ما لا يســترد الوفاء به ليس من الضرورى أن يكون التزاما مدنيــا أو التزاما طبيعيا (أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٨ ــ ص ٢١ وهامش رقم ٢٨) •

أما بلانيول (أنظر مقــاله فى المجلة الانتقادية ســنة ١٩١٢ ص ١٥٧ وما بعدها) فيرى أن هناك تقاربا مســتمرا ما بين الالتزام الطبيعى والواجب الادبى ، فيتوسع فى نظرته الى الالتزام الطبيعى ، وهو من مؤســسى النظرية الحديثة • كذلك يعد كولان وكابيتان (جزء ٢ فقرة ٤٦٧) وريبير (القاعــدة الادبية فى الالتزامات المدنية فقرة ١٨٦ وما بعدها) وبلانيول وريبير وبولانجية (جزء ٢ فقرة ١٣٣٤) وجوسران (جزء ٢ فقرة ٧١٧) من أقوى أنصــار النظرية الحديثة •

ويلاحظ أن قواعد الآداب والاخلاق تتسرب الى القانون من جملة أبواب : أحدها فكرة النظام العام والآداب ، والثانى فكرة التعسف فى استعمال الحق ، والثالث فكرة الالتزام الطبيعى •

آثاره ، أو أن يكون منذ البداية واجبا أدبيا أصبح التزاما طبيعيا لتوفره على العناصر الثلاثة لهذا الالتزام .

وهذا العنصر الأول هو العنصر المادى . وفيه يسترشد القاضى بآداب الجيل من ناحية القابلية للتنفيذ فى العمل .

(العنصر الثانى) احساس المدين أن فى ذمته التزاما طبيعيا . وليس من الضرورى أن يكون هذا الاحساس قائما فعلا عند المدين بالذات ، بل يكفى أن يكون من الواجب أن يقوم ، وأن يدخل فى الاعتبار المألوف عند الناس أن مثل هذا الواجب مما ينبغى أمام الضمير أن يؤدى . ونرى من ذلك أن المعيار فى العنصر الثانى موضوعى لا ذاتى ، والعبرة فيه ليست بما يحس المدين فعلا ، بل بما ينبغى أن يحس ، بوعى الجماعة أو وعى الفرد المجرد ، لا بوعى المدين بالذات وفى هذا ضبط للالتزام الطبيعى يستقر عنده التعامل .

وهذا العنصر الثانى هو العنصر المعنوى وفيه يسترشد القاضى بواجب الضمير من ناحية وعى الجماعة .

(العنصر الثالث) عدم التعارض مع النظام العام . وتقول العبارة الأخيرة من المادة ٢٠٠ من التقنين المدنى فى هذا الصدد أنه « فى كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعى يخالف النظام العام »(١) . ونأتى بأمثلة على ذلك .

١ — اذا اتفق المتعاقدان على سعر للفوائد يزيد على ٧٪ ، ودفع المدين لدائن هذه الفوائد وهو يحس أنه يقوم بتعهده ، فان ما دفعه من

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بانه يشترط لاعتبار الدين بعد سقوطه التزاما طبيعيا ان لا يكون مخالفا للنظام العام ، ولما كان التقادم فى المسائل الجنائية يعتبر من النظام العام فانه اذا تكاملت مدته لا يتخلف عنه أى التزام طبيعى واذن فمتى كان الحكم قد قرر أن دفع الغرامة من المحكوم عليه بعد سقوطها بالتقادم يعتبر بمثابة وفاء لدين طبيعى لا يصح استرداده ، فان هذا الحكم يكون قد خالف القانون (نقض مدنى فى ٢٤ من مارس سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ رقم ١١٣ ص ٨٦١) .

الفوائد زائدا على ٧٪ لا يجوز مع ذلك أن يكون التزاما طبيعا ، اذ هو يتعارض مع النظام العام ، ويكون للمدين الحق فى استرداد ما دفع من ذلك . وهذا ما قضت به الفقرة الأولى من المادة ٢٢٧ من التقنين المدنى اذ تقول فى العبارة الأخيرة منها : « فاذا اتفقا على فوائد تزيد على هـذا السعر وجب تخفيضها الى ٧٪ ، ويتعين رد ما دفـع زائدا على هـذا القـدر (١) » .

٢ — اذا خسر المدين فى مقامرة أو رهان ، وفى ما خسره محسا أنه انما يوفى دينا واجبا فى ذمته ، فان هذه الخسارة لا يجـوز أن تكـون التزاما طبيعيا ، اذ أن دين القمار أو الرهان يتعارض مع النظام العام ، واذا وفاه المدين جاز له استرداده . وهذا ما قضت به الفقرة الثانية من المادة ٧٣٩ من التقنين المدنى اذ تقول : « ولمن خسر فى مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سـنوات من الوقت الـذى أدى فيـه ما خسره ، ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك . وله أن يثبت ما أداه بجميع الطرق (٢) » .

---

(١) وهذا هو أيضـا حكم القانون الفرنسى (أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٦ — بيدان لاجارد ٨ فقرة ٦٨٥ — كولان وكابيتان وموراندبير ٢ فقـرة ٤٦٤ ص ٣٣٩) . أما اذا دفع المدين فوائد لا تزيد على السعر الذى يفرضه القانون ، ولكن دون سابق اتفاق على دفع هذه الفوائد ، فان المادة ١٩٠٦ من التقنين المدنى الفرنسى تنص صراحة على أن المدين لا يسـتطيع أن يسترد ما دفعه من الفوائد ، فيكون دفع الفوائد فى هذه الحالة وفاء لالتزام طبيعى . انظر أيضا فى هذا المعنى : استئناف مختلط ١٧ ديسـمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٦٠ .

(٢) أما التقنين المـدنى الفرنسى (م ١٩٦٧) فيقضى ، على النقيض من ذلك ، بأن من خسر فى القمار ، ودفع ما خسره عن طواعية واختيار ، لا يستطيع أن يسترد ما دفعه . ويقول الفقهاء الفرنسيون ان هذا النص لا يجعل من دين القمار التزاما طبيعيا ، فان هذا الدين لا يصلح سببا لالتزام مدنى . واذا كان لا يجوز استرداده بعد دفعه ، فذلك لان القانون أراد — اشعارا بمقته للقمار وامعانا فى كراهيته — أن يتجاهله بتاتا ، فلا يسمح بدفعه ، ولا يسـمح باسترداده اذا دفع ، تطبيقا للقاعدة المعروفة : لا يجوز لاحـد أن يحتج بغش صدر من جانبه Nemo auditur turpitudimum suam allegans (بلانيول =

٣ — اذا عقد شخص مع آخر اتفاقا مخالفا للنظام العام أو للآداب ، كما لو اتفقا على رشوة ، ودفعها المدين لدائن وهو يحس أنه يقوم بتعهده ، فان هذا لا يكون التزاما طبيعيا لتعارضه مع النظام العام . وفى رأينا أنه يجوز للراشى أن يسترد الرشوة من المرشو . وقد سبق أن فصلنا هذه المسألة فى الجزء الأول من هذا الكتاب (١) .

وهذا العنصر الثالث هو عنصر المشروعية . وفيه يسترشد القاضى بالأحكام القانونية المتعلقة بالنظام العام (٢) .

= وريبيروبولانجيه ٢ فقرة ١٣٣٥ — جوسران ٢ فقرة ٧١٤ ص٣٨٩) .ويعقب بعض الفقهاء على هذا التعليل الغريب بأن المشرع زاد دين القمار قوة من حيث أراد أن يزيده ضعفا ، فانعكس عليه الغرض (بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٦) . قارن مع ذلك أوبرى ورو ويعتبران دين القمار مشروعا فى ذاته ، ولكن رفض المشرع أن يجعل تنفيذه جبرا عن طريق الدعوى لاسباب اجتماعية (جزء رابع فقرة ٢٩٧ ص ١٠ — ص ١١) ، ويذهبان الى أن عدم امكان تحويل دين القمار الى دين مدنى انما هو استثناء من قاعدة امكان تحويل الالتزام الطبيعى الى التزام مدنى (ص ١٤) . انظر أيضا فى أن دين القمار التزام طبيعى : كولان وكابيتان وموراندبير ٢ فقرة ٤٦٤ ص ٣٣٨ — ص ٣٣٩ وفى مصر — قبل التقنين المدنى الجديد الذى اشتمل على نص صريح فى جواز استرداد دين القمار على ما رأينا — كان العمل جاريا فى الغالب على حكم القانون الفرنسى الذى قدمناه ، فكان دين القمار لايسترد باعتبار انه من ديون الشرف (dettes d'honneur) (استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩٠٣م ١٥ ص ٧٩ — اول ابريل سنة ١٩٠٣م ١٥ ص ٢٢٠ — الموسكى ٢٦ فبراير سنة ١٩٣١ مجلة القانون والاقتصاد السنة الاولى ١٢٥ ص ١٤) . وقد قضت محكمة المنشية بجواز الاسترداد لعدم المشروعية (١٤ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٧٩٣) . انظر أيضا : والتون ١ ص ٢٨ — ص ٣٢ — الموجز للمؤلف فقرة ٤٦٠ ص ٤٦٦ — ص ٤٦٧ .

وفى لبنان « يعد دين المقامرة أو المراهنة التزاما طبيعيا ، لأنه وان كان لا يخول الرابح حق المداعاة بشأنه ، لكنه لا يجيز للخاسر استرداد ما دفعه اختيارا » (الدكتور صبحى المحمصانى فى آثار الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٧٥) .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٣٣٨ .

(٢) وقد ورد فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ، فى خصوص العناصر الثلاثة للالتزام الطبيعى ، ما يأتى : « ويتعين على القاضى عند الفصل فى أمر الالتزامات الطبيعية أن يتحقق أولا من قيام واجب أدبى ، وأن يتثبت =

٣٩٤ — بعض حالات الالتزام الطبيعى : بعد أن استعرضنا النظريتين التقليدية والحديثة فى الالتزام ، وحددنا عناصر هذا الالتزام ، نورد تطبيقا لما قدمناه جملة من الحالات الكثيرة الوقوع التى يقوم فيها الالتزام الطبيعى .

ونقسم هذه الحالات الى طائفتين : ١ — التزامات بدأت مدنية ثم انقلبت طبيعية ، وهى وحدها الالتزامات الطبيعية التى تقرها النظرية التقليدية . ٢ — التزامات بدأت أدبية ثم أصبحت طبيعية ، وهذه الطائفة تضيفها النظرية الحديثة الى الطائفة الأولى التى تقرها النظرية التقليدية .

٣٩٥ — التزامات بدأت مدنية ثم انقلبت طبيعية : هذه التزامات نشأت فى الأصل التزامات مدنية ، وعاقها مانع قانونى عن أن ترتب آثارها كما قدمنا ، فتخلفت عنها التزامات طبيعية (١) . ومن هذه ما قام المانع القانونى فيه منذ نشأته . ومنها ما نشأ التزاما مدنيا صحيحا وولد آثاره ، ثم قام المانع القانونى بعد ذلك ، فانقضى التزاما مدنيا ليصبح التزاما طبيعيا .

ومن أمثلة النوع الأول العقد القابل للابطال لنقص فى الأهلية (٢) .

= بعد ذلك من أن هذا الواجب يرقى فى وعى الفرد او فى وعى الجماعة الى مرتبة الالتزام الطبيعى ، وأن يستوثق فى النهاية من أن اقراره على هذا الوجه لا يتعارض مع النظام العام . هذا وقد تشير بعض النصوص الى تطبيقات من تطبيقات الالتزام الطبيعى ، ومن ذلك ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة ٥٢٣ من المشروع اذ قضت بأن الدين الذى ينقضى بالتقادم يتخلف عنه التزام طبيعى » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٩) .

(١) ويلاحظ أن هذه الطائفة من الالتزامات تقوم هى أيضا على اعتبارات أدبية ، ولا تقل فى هذه الناحية عن الطائفة الثانية .

(٢) أما العقد القابل للابطال لعيب من عيوب الارادة — غلط او تدليس أو اكراه — فلا يتخلف عن ابطاله التزام طبيعى ، لما لحق الارادة من انحراف لا يتفق مع فكرة الالتزام الطبيعي (أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٠ هامش رقم ٥) .

فاذا تعاقد القاصر ولم يلحق العقد الأجازة ، كان له أن يطلب ابطال العقد فينقلب التزامه المدنى التزاما طبيعيا ، اذا أداه عالما مختارا ثم يستطع أن يسترده (١) • ويذكر عادة ، كمثل آخر للنوع الأول عقد الهبة الباطل لعدم استيفاء الشكل ، فقد نصت المادة ٤٨٩ من التقنين المدنى على أنه « اذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب فى الشكل ، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه » • وجاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى أن هذا النص انما هو تطبيق لالتزام طبيعى تخلف عن الهبة الباطلة (٢) • ولو صح هذا الالتزام الطبيعى الذى تخلف عن الهبة الباطلة سببا لالتزام مدنى ، ولأمكن التحايل على الشكل فى الهبة عن طريق كتابتها فى ورقة عرفية ثم اتخاذها سببا لالتزام مدنى صحيح فى ورقة عرفية أخرى • وهذا مالا يجوز التسليم به • والصحيح فى رأينا أن التنفيذ الاختيارى للهبة الباطلة فى الشكل ، سواء من جهة الواهب أو من جهة ورثته ، انما هو اجازة لعقد الهبة ، اذ البطلان المترتب على عيب فى الشكل قد تلحقه الاجازة اذا نص القانون على ذلك (٣) •

---

(١) استئناف أهلى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٤ الحقوق ٣٠ ص ٢٣١ — انظر بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٣ — وقارن دى باج ٣ ص ٧٠ •

وهذا غير التزام القاصر بالتعويض اذا لجأ الى طرق احتيالية ليخفى نقص أهليته (م ١١٩ مدنى) ، فهذا التزام مدنى مصدره العمل غير المشروع • أما الآخر فالتزام طبيعى تخلف عن التزام مدنى مصدره العقد •

ويقال عادة ان كفالة ناقص الاهلية بسبب نقص أهليته (م ٧٧٧ مدنى) دليل على أن التزام ناقص الاهلية بعد أبطال العقد قد انقلب التزاما طبيعيا تكون كفالته صحيحة • والصحيح فى رأينا أن الكفالة فى هذه الحالة ليست التزاما تبعيا ، بل هى التزام أصلى عقده الكفيل معلقا على شرط واقف هو أن يتمسك ناقص الاهلية بابطال العقد ، فيكون الكفيل عندئذ ملزما بتنفيذ العقد الذى لم ينفذه القاصر • وسنعود الى هذه المسألة •

(٢) أنظر الاعمال التحضيرية جزء ٢ ص ٤٤٩ وجزء ٤ ص ٢٥٢ وص ٢٥٤ • وانظر أيضا محكمة الاسكندرية الكلية ١٣ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٢٤ •

(٣) وهذا ماقررناه فى الجزء الاول من الوسيط • وقد جاء فيه ما يأتى : =

ومن أمثلة النوع الثانى الالتزام المدنى اذا تقادم . فقد نشأ التزاما مدنيا ، وأنتج جميع آثاره . ثم قام بعد ذلك مانع قانونى من بقائه التزاما مدنيا ، وهو التقادم الذى تمسك به المدين (١) ، فانقلب التزاما طبيعيا ، اذا أداه المدين مختارا لم يستطع استرداده . وقد ورد فى هذا الحكم نص تشريعى صريح فى التقنين المدنى الجديد ، هو الفقرة الأولى من المادة ٣٨٦ ، وتقضى بأنه « يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ، ومع ذلك يتخلف فى ذمة المدين التزام طبيعى (٢) . ومن أمثلة

= ... الشكل من صنع القانون ، وهو الذى يعين له الجزاء الكافى فى حالة الاخلال به . فقد يجعل العقد الذى لم يستوف الشكل المطلوب باطلا لا ترد عليه الاجازة ، وقد يسمح باجازته كما فى الهبة الباطلة شكلا (م ٤٨٩ جديد) ، وقد يجعل الشكل من المرونة بحيث يقبل أن يستكمل ، وأن يحتج به فى فرض دون فرض كما فى شركات التضامن والتوصية (الوسيط جزء أول (الطبعة الثالثة) ص ٣٢٧ فى الهامش وأنظر أيضا فقرة ٣٠١ ص ٦٥١) . أنظر أيضا من هذا الرأى الاستاذ أسماعيل غانم فى احكام الالتزام فقرة ١٥٥ ص ٢٢٢ هامش رقم ٢ . وقارن : الموجز للمؤلف ص ٤٦٧ هامش رقم ٢ — والتون ١ ص ٢٧ .

وفى التقنين المدنى الفرنسى تقصر المادة ١٣٤٠ امكان التنفيذ الاختيارى للهبة الباطلة فى الشكل على ورثة الواهب دون الواهب نفسه ويذهب بعض الفقهاء الفرنسيين الى القول بتخلف التزام طبيعى من الهبة الباطلة فى الشكل فى جانب ورثة الواهب (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٠ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٣ ص ٤٩٨) — قارن بودرى وبارد (جزء ٢ فقرة ١٦٧١ — فقرة ١٦٧٢) ، ومن رأيهما أن الهبة تكون باطلة بطلانا مطلقا لانعدام الشكل ، حتى اذا مات الواهب كانت هذه الهبة ذاتها بالنسبة الى الورثة قابلة للابطال ! ويصعب التسليم بأن البطلان المطلق ينقلب الى بطلان نسبى بموت الواهب .

(١) أما قبل التمسك بالتقادم فالالتزام يبقى مدنيا (انظر المادة ٣٨٧ مدنى — وقارن بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٣ ص ٤٩٧) .

وقد قضت محكمة النقض بأن الالتزام لا ينقضى بمجرد اكتمال مدة التقادم بل يظل التزاما مدنيا واجب الوفاء الى أن يدفع بتقادمه ، فاذا انقضى الالتزام المدنى بالتقادم تخلف عنه التزام طبيعى فى ذمة المدين . ولما كان الثابت ان الطاعنين نزلوا عن التقادم بعد ان اكتملت مدته وقبل ان يرفعوا دعواهم التى تمسكوا فيها بانقضاء الدين بالتقادم ، فان مؤدى ذلك أن يبقى الالتزام مدنيا ويلزم الطاعنين بأداء الدين ولا يتخلف عنه التزام طبيعى : نقض مدنى فى ١٨ فبراير سنة ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ رقم ٨٨ ص ٤٢٩ .

(٢) استئناف أهلى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٤ الحقوق ٣٠ ص ٣٣١ =

النوع الثانى أيضا الالتزام المدنى الذى لا يثبت فى ذمة مـدين وجهت اليه اليمين الحاسمة فحلفها ، فان الالتزام المدنى فى هذه الحالة لا يقضى به ولا يجبر المدين على تنفيذه ، ولكن اذا كانت ذمة المدين مشغولة بـه فعلا بالرغم من حلفه اليمين الحاسمة ، فانه ينقلب الى التزام طبيعى ، اذا أداه المدين مختارا لم يستطع استرداده • وكذلك الحال فى الالتزام المدنى الذى صدر برفض الدعوى فيه حكم حاز حجية الأمـر المقضى ، فانه اذا كانت ذمة المدين مشغولة به بالرغم من هذا الحكم انقلب التزاما طبيعيا (١) • والصلح مع المـدين المفلس (concordat) ، الـذى يتفق بمقتضاه المدين مع دائنيه على قضاء بعض الديون المدنية فى نظير انقضاء الباقى ، يجعل هذا الباقى الذى انقضى بالصلح ينقلب التزاما طبيعيا ، اذا أداه الدائن مختارا بعد ذلك لم يستطع استرداده (٢) • ولا حجـة فى الصلح لاباحة الاسترداد (٣) •

= ٩ مارس سنة ١٩١٥ الحقوق ٣٠ ص ٣٣٢ — محكمة مصر الكلية ٢٧ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٣٤ ص ٨٨٠ — وقارن الاسـتاذ عبد المنعم البدراوى رسالته فى التقادم فقرة ٢٠٨ ص ١٩٩ — ص ٢٠٠ •

(١) بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٣ ص ٤٩٧ — ص ٤٩٨ •

(٢) أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٣ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٣ ص ٤٩٧ — أما اذا تعهد المفلس أن يدفع الباقى من ديونه اذا تحسـنت حالته (s'il revient à meilleure fortune) يفسر هذا التعهد بأنه التزام مدنى أو بأنه مجرد تقرير للالتزام الطبيعى ، حسبما يتبين من نية المدين ، وتستخلص هـذه النية من الظروف والملابسات وعبارة التعهد • وسنعود الى هذه المسـألة فيمايلى (انظر فقرة ٤٠١) ويشبه بارتان بالمدين المفلس الذى يصـطلح مع دائنيه مدينا تعهد أن يدفع بسعر الذهب أو بسعر عملة أجنبية • فاذا كان هذا التعهد — باعتباره تعهدا مدنيا — باطلا ، ولكن المدين مع ذلك دفع بسـعر الذهب أو بسعر العملة الاجنبية المتفق عليها ، فانه لا يستطيع أن يسـترد ما دفعه زائدا عن سعر العملة الورقية ذات السعر الالزامى ، لانه انمـا وفى التزاما طبيعيا (أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٢ هامش رقم ١٣) ، ولا يتفق هذا الرأى ، اذا اعتبرنا شرط الذهب باطلا لمخالفته للنظام العام ، مع المبـدأ الذى قدمناه من أن الالتزام الطبيعى لا يجوز أن يقوم مخالفا للنظام العام •

(٣) أما اذا كان الالتزام المدنى لايجوز اثباته الا بالكتابة ، ولم توجـد كتابة للاثبات ، ولم يصدر حكم حجية الامر المقضى برفض الدعوى بهذا =

٣٩٦ — التزامات بدأت أدبية ثم أصبحت طبيعية : وهذه التزامات بدأت واجبات أدبية ثم ارتفعت منزلتها فأصبحت التزامات طبيعية ، على النقيض من الطائفة الاولى التى وصلت الى مرتبة الالتزامات المدنية وانحدرت بعد ذلك الى مرتبة الالتزامات الطبيعية (١) •

ومن الامثلة على هذه الطائفة الثانية من الالتزامات التزام شخص بتعويض شخص آخر عن الضرر غير المباشر الذى ألحقه به من جراء خطأ ارتكبه ، أما التزامه بالتعويض عن الضرر المباشر فهذا التزام مدنى مصدره العمل غير المشروع • كذلك الالتزام بالتعويض عن اغواء غير مصحوب بالغش أو عن معاشرة غير شرعية بعد انتهاء هذه المعاشرة يكون التزاما طبيعيا • أما اذا صحب الاغواء غش فالالتزام بالتعويض يصبح التزاما مدنيا • واذا لم يكن الغرض من الالتزام التعويض عن المعاشرة بعد انتهائها ، بل الاغراء على المعاشرة ، فان الالتزام لا يكون التزاما طبيعيا ، بل يكون التزاما مخالفا للالتزام لا يتخلف عن بطلانه التزام طبيعى •

ومن الامثلة على هذه الطائفة الثانية أيضا التزام شخص بأجازة شخص آخر على خدمة أداها له (donnation rémunératrice) اذا لم يكن هناك التزام مدنى بالاجازة ، وذلك كأجازة خادم أخلص فى الخدمة أو كيل أحسن أداء الوكالة أو طبيب أنقذ حياة المريض (٢) • فان هذا الالتزام يبدأ واجبا أدبيا ، ولكن وجوب الاعتراف بالجميل

= الالتزام ، فانه يبقى التزاما مدنيا ولاينقلب التزاما طبيعيا . لكنه التزاما غير ثابت ، ويجوز أن يثبت بعد ذلك بالاقرار أو باليمين . واذا دفعه المدين لم يستطع استرداده ، لا لانه يدفع التزاما طبيعيا لا يسترد ، بل لانه يدفع التزاما مدنيا أقر به بمقتضى دفعه اياه . ومن ثم يكون الدفع صحيحا ، ولا يجوز الاسترداد ، حتى لو كان المدين وهو يدفع الدين يعتقد عن غلط أن اثباته يجوز أن يكون بالبينة والا مناص من دفعه (قارن الاستاذ احمد حشمت أبو ستيت فى نظرية الالتزام فقرة ٦٦٤) •

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٦٦ وما بعدها .

(٢) أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١١ •

فى هذه الظروف الخاصة يرقى به الى مرتبة الالتزام الطبيعى (١) • كذلك اذا أثرى شخص على حساب غيره دون أن تتوافر شروط دعوى الاثراء — لم يكن هناك التزام مدنى برد قيمة الاثراء لعدم تـوافر الشروط ، ولكن يقوم التزام طبيعى بهذا الرد مبنى على فكرة العدالة •

ومن الأمثلة على هذه الطائفة الثانية أخيرا التزام شخص بالنفقة على أقارب لا تلزمه النفقة عليهم قانونا ، فان الالتزام هنا يبدأ واجبا أدبيا ، ولكن واجب التضامن بين افراد الاسرة فى هذه الحالة الخاصة يرتفع به الى مرتبة الالتزام الطبيعى (٢) • كذلك التزام الاب بتجهيز ابنته أو بتقديم المعونة لابنه لتنظيم عمل يرتزق منه يكون التزاما طبيعيا فى ذمة الاب ، بسبب توثق أواصر العلاقة الابوية فيما بين الاب وأولاده (٣) •

٢٩٧ — تأصيل لحالات الالتزام الطبيعى — الالتزام الطبيعى يتاخم الالتزام المدنى : ونظرة الى ما قدمناه من حالات الالتزام الطبيعى تدل على أن هذا الالتزام مكانه فى دائرة القانون أوسع مما يظن لاول وهلة • بل ان الالتزام الطبيعى يتاخم الالتزام المدنى ، ويتعقبه خطوة خطوة • وقد علمنا أن مصادر الالتزام المدنى هى العقد

---

(١) قارن بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٧٠ . ويشترطان أن تكون الخدمة مما يمكن تقديره بمال وألا تكون الجائزة أكبر بكثير من الاجر المعتاد على مثل هذه الخدمة •

(٢) قارن بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٦٩ •

(٣) أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١١ — الموجز للمؤلف فقرة ٤٦٠ — قارن بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٦٨ ص ٧٦٥ وفقرة ١٦٦٩ مكررة — والتون ١ ص ٣٣ — ص ٣٤ •

ويعد التزاما طبيعيا التزام المطلق بالنفقة على مطلقته بعد أن عاش معها مدة طويلة ، ثم طلقها فى وقت لا تستطيع فيه أن تبدأ حياة جديدة ودون أن تكون هناك أسباب خطيرة تدعو الى الطلاق (استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١١١) •

والعمل غير المشروع والاثراء بلا سبب والقانون • وها نحن نرى أن الالتزام الطبيعي يساير الالتزام المدني في هذه المصادر •

فالالتزام الطبيعي الذي بدأ التزاما مدنيا ثم انقلب التزاما طبيعيا يكون مصدرة في العادة العقد ، فهو يتاخم الالتزام المدني العقدي • وقد لحقت العقد علة قانونية لا ترجع الى الرضاء في ذاته الذي هو قوام العقد ، بل ترجع الى مقتضيات الصنعة القانونية ، فمنعت العقد من توليد آثاره المدنية ، ولكن لم تمنعه من توليد آثاره الطبيعية لان الرضاء سليم غير مشوب بعيب • ومن ثم نرى أن العقد القابل للابطال بسبب نقص الاهلية ، والالتزام الذي سقط بالتقادم ، أو اعترضته يمين حاسمة ، أو حكم حاز حجية الامر المقضي ، كل هذه حالات يقوم فيها الالتزام الطبيعي ، لان المانع القانوني الذي حال دون توليد الآثار المدنية ترجع الى الصنعة القانونية لا الى طبائع الاشياء فلم ينعدم الالتزام بتاتا ، بل انقلب التزاما طبيعيا على النحو الذي قدمناه (١) •

والالتزام الطبيعي بتعويض الضرر غير المباشر ، أو بالتعويض عن الاغواء غير المصحوب بالغش ، أو بالتعويض عن المعاشرة غير المشروعة ، مصدره العمل غير المشروع ، فهو يتاخم الالتزام المدني التقصيري • وقد منع هذا الالتزام أن يكون التزاما مدنيا فقد شرط من الشروط التي ترجع الى الصنعة القانونية لا الى طبائع الاشياء • فقد نقص الالتزام شرط أن يكون الضرر مباشرا ، أو شرط أن يكون هناك خطأ بالمعنى الذي عرفناه في المسئولية التقصيرية اذ أن الاغواء غير المصحوب بالغش أو مجرد المعاشرة غير المشروعة لا يعتبر خطأ تقصيريا وأن اعتبر خطأ أدبيا يقوم على أساسه التزام طبيعي •

---

(١) وهذا صحيح فيما اذا كان الالتزام مصدره العقد • أما اذا كان له مصدر آخر ، فيبقى التزاما طبيعيا ، دون أن يرجع ذلك الى الرضاء ، بل الى سبق وجود التزام مدني عاقه مانع — يرجع الى الصنعة القانونية لا الى طبائع الاشياء — من أن يولد آثاره كالتزام مدني •

والالتزام الطبيعى بأجازة خدمة أديت أو برد اثراء على حساب الغير يتاخم الالتزام المدنى المتولد من الاثراء بلا سبب • وقد منع هذا الالتزام أن يكون التزاما مدنيا فقد شرط من شروط قاعدة الاثراء بلا سبب يرجع الى الصنعة القانونية • أما الشروط التى ترجع الى طبائع الاشياء — وتتلخص فى أن شخصا أثرى على حساب غيره — فمتوافرة ، ومن ثم قام الالتزام الطبيعى •

والالتزام الطبيعى بالنفقة على الاقارب أو بتجهيز البنت أو تقديم المعونة للابن مصدره القانون ، فهو يتاخم الالتزام المدنى الذى يتولد مباشرة من القانون • وقد رأينا ، عند الكلام فى القانون كمصدر مباشر للالتزام ، أن هناك التزامات ايجابية ترجع الى التضامن الاجتماعى ، أبرزها القانون دون أن يرسم لها قاعدة عامة ، فجعلها بنص منه التزامات مدنية (١) • فاذا لم يبلغ الواجب الادبى هذه الدرجة العليا من الوضوح والتحديد والقابلية للانضباط ، فان القانون لا يصل به الى مرتبة الالتزام المدنى • ولكنه مع ذلك يرقى به الى مرتبة الالتزام الطبيعى ، على أن تتوافر له العناصر الثلاثة : قدر من التحديد والانضباط وهذا هو العنصر المادى ، واحساس بالقوة الملزمة وهذا هو العنصر المعنوى ، وانتفاء التعارض مع النظام العام وهذا هو عنصر المشروعية (٢) •

فالالتزام الطبيعى اذن هو توأم الالتزام المدنى ، يسير الى جانبه ، ولكنه يسير على هامش القانون كظل للالتزام المدنى ؛

---

(١) الوسيط الجزء الاول فقرة ٩٠٥ •

(٢) وعندما يجاوز القانون المنطقة السلبية الى المنطقة الايجابية — يجاوز النهى عن الاضرار بالغير والاثراء على حساب الغير الى الامر بالتعاون والتضامن والمساعدة (انظر الوسيط الجزء الاول فقرة ٩٠٤ — فقرة ٩٠٥) — يكون تدخله فى المنطقة الايجابية فى أناة وحذر ، ويسبق الالتزام الطبيعى الالتزام المدنى ، فهو طليعته ، يتحسس له الطريق ، ثم يعبده •

واذا كان الالتزام المـــدنى هــو وليد الصنعة القـــانونية ، فان الالتزام الطبيعى هــو بمثـــابة رد الفعل لهــذه الصــنعة . ذلك بأن للصــنعة القانونية مقتضيات لا تتواءم فى كثـــير من الحالات مع طبائع الاشياء . فحيث تقوم هذه المقتضيات متعارضة مع طبائع الاشــياء ، فان الالتزام المـــدنى لا يقوم خضوعا لمقتضيات الصنعة ، ويقوم الالتزام الطبيعى مطاوعة لطبائع الاشياء .

ب ــ الآثار التى تترتب على الالتزام الطبيعى

٣٩٨ــ النصــوص القــانونية : تنص المــادة ٢٠١ من التقنـــين المدنى على ما يأتى :

« لا يسترد المـــدين ما أداه باختياره ، قاصـــدا أن يوفى التزاما طبيعيا » .

وتنص المــادة ٢٠٢ على ما يأتى :

« الالتزام الطبيعى يصلح سببا لالتزام مدنى » (١) .

---

(١) **تاريخ النصـــوص** : م ٢٠١ — ورد هذا النص فى المادة ٢٧٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الاتى : « لايسترد المدين ماأداه باختياره وفاء لالتزام طبيعى » . وفى لجنة المراجعة حور النص تحويراً جعله أدق فى الدلالة على المعنى ، فأصبح مطابقا لما استقر عليه فى التقنين الجديد ، وأصبح رقم المادة ٢٠٧ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٠١ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٠ — ص ٥٠١) .

م ٢٠٢ — وورد هذا النص فى المادة ٢٧٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يصـــلح الالتزام الطبيعى ، اذا اعترف المدين به ، ســـببا لالتزام مدنى » . وفى لجنة المراجعة حور النص على الوجه الاتى : « الالتزام الطبيعى اذا اعترف المدين به يصلح سببا لالتزام مدنى » ، وأصبح رقم المادة ٢٠٨ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على هذا النص . وفى لجنة مجلس الشيوخ اثارت عبارة « اذا اعترف المدين به » شبهة ، فقد يظن أن المقصــود منها أن مجرد الاعتراف بالالتزام الطبيعى ينقله الى التزام مدنى . فذكر فى دفع هذه الشبهة أن هذه المادة قد حسمت خلافا قائما بين الفقهاء فالبعض =

وتقابل المـادة ٢٠١ من التقنين المدنى الجديد المـادة ٢٠٨/١٤٧ من التقنين المـدنى السابق (١) . أما المـادة ٢٠٢ فلا مقـابل لهـا فى التقنين السابق ، ولكن الحكم كا نمعمولا به .

ويقابل النصان فى التقنينات المدنية العربية الاخرى : فى التقنـين المـدنى السـورى المـادتين ٢٠٢ ـ ٢٠٣ ، وفى التقنين المدنى الليبى المـادتين ٢٠٤ ـ ٢٠٥ ، وفى تقنين الموجبـات والعقود اللبنانى المواد ٤ و ٦ و ٨ ، وفى التقنين المدنى الكويتى المـادتين ٢٨٢ ـ ٢٨٣ ، وفى التقنين المـدنى الاردنى المـادة ٢١٤ وهى تقـابل المـادة ٢٠١ من التقنين المدنى المصرى أما المادة ٢٠٢ فلا مقابل لها فى التقنين المـدنى الاردنى(٢) ولا مقابل لنصى التقنين المصرى فى التقنين المدنى العراقى .

= يقول أن الاعتراف بالالتزام الطبيعي يعتبر تجديدا له ، وهذا القول مردود بأن التجديد يكون فى هذه الحالة قائما على غير سبب . والبعض الآخر يقول أن الاعتراف بالالتزام الطبيعى يصلح أن يكون سـببا للالتزام المدنى . وقد أخذ المشروع بهذا الرأى الاخير ، فالمقصـود من النص هو أن الاعتراف بالالتزام الطبيعى يصلح أن يكون سببا لالتزام مدنى ، لا أن يكون سببا لتحويل الالتزام الطبيعى الى التزام مدنى . وبعد مناقشة استقر رأى اللجنة على حذف عبارة « اذا اعترف المدين به » دفعا للشبهات ، وعلى أن يثبت فى المحضر أن مجرد الاعتراف لا يصلح أن يكون وحده سببا كافيا لتحويل الالتزام من طبيعى الى مدنى . وبذلك أصـبح نص المادة على الوجه الذى اسـتقر عليه فى التقنين الجديد ، وأصبح رقمها ٢٠٢ . ووافق مجلس الشـيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ ـ ص ٥٠٥) .

(١) م ٢٠٨/١٤٧ من التقنين المدنى السابق : « انما من أعطى باختياره شيئا لآخر ، وفاء لدين يعتقد ملزوميته به ولو لم يوجبه القانون ، لا يكون له اسـترداده » . وهذا النص يتفق فى الحكم مع نص التقنين الجـديد . ولم يستحدث هذا التقنين حكما جديدا فى موضوع الالتزام الطبيعى ، ولكنه جعل النصوص أكثر جلاء ووضوحا مما كانت عليه فى التقنين السابق .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الاخرى** : التقنين المدنى السورى م ٢٠٢ ـ ٢٠٣ (مطابقتان للمادتين ٢٠١ ـ ٢٠٢ من التقنين المدنى المصرى) .
التقنين المدنى الليبى م ٢٠٤ ـ ٢٠٥ (مطابقتان للمادتين ٢٠١ ـ ٢٠٢ من التقنين المدنى المصرى) .

=

٣٩٩ — المبـدأ العام : قدمنا أن الالتزام اذا كان طبيعيـا لم يجبر المدين على تنفيذه ، لانتفاء عنصر المسئولية من الالتزام . ولكن لمـا كان عنصر المديونية موجودا كما قدمنا ، فكل عمل اختيارى يقوم به المدين ، قاصدا به الوفاء فى الحال أو فى المستقبل بالالتزام الطبيعى ، يكون عملا معتبرا ولا يجوز الرجوع فيه .

ويترتب على هذا المبـدأ العام ما يأتى :

(أولا) الوفاء الاختيارى بالالتزام الطبيعى يجوز ، ويعتبر وفاء لا يجوز استرداده ، ولا تبرعا يجوز الرجوع فيه . وهذا هو الوفـاء بالالتزام الطبيعى فى الحال .

(ثانيا) الالتزام الطبيعى يصلح سببا لانشـاء التزام مـدنى . وهذا هو الوفاء بالالتزام الطبيعى فى الاستقبال ، عن طريق تحويله الى التزام مـدنى .

= **تقنين الموجبات والعقود اللبنانى** م ٤ : أن ما يفعله المرء عن علم لتنفيذ موجب طبيعى لا يصح استرداده ولا يعد تبرعا ، بل يكون له شأن الايفاء — م ٦ : الاعتراف بموجب طبيعى ، ولو صريحا ، لا يكون من شـأنه أن يحوله الى موجب مدنى . ومثل هذا التحـويل لا يمكن أن ينشـأ الا عن تجـديد التعاقد (novation) — م ٨ : ان العهود المقطوعة لضمان تنفيذ موجب طبيعى (les engagements pris pour assurer l'exécution d'une obligation naturelle) تخضـع من حيث الشكل والاسـاس لاحكام العقود ذات العوض . (وهذه النصوص لا تختلف فى جملة أحكامها عن نظائرها فى التقنين المصرى : أنظر الدكتور صبحى المحمصـانى فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٧٦ — الا أن التصوير الفنى فى التقنين اللبنانى لتحويل الالتزام الطبيعى الى التزام مدنى هو طريق التجديد (novation) وهذا التصوير هو الذى كان سائدا ، ثم عدل عنه الى التصـوير الذى أخذ به التقنين المصرى الجديد وهو جعل الالتزام الطبيعى سببا لانشاء التزام مدنى . ثم ان التقنين اللبنانى فى المادة ٨ منه أكد فكرة أن الوفاء بالالتزام الطبيعى أو الاعتراف به بمقتضى عهد مقطوع لضمان تنفيذه لا يعد تبرعا ، ومن ثم لا يخضع ، من حيث الشكل والموضوع لاحكام التبرعات ؛ بل يخضع لاحكام المعاوضات) .

التقنين المدنى الكويتى م ٢٨٢ — ٢٨٣ : (الاولى مقاربة للمادة ٢٠١ من التقنين المدنى المصرى والثانية مطابقة للمادة ٢٠٢ منه) .

التقنين المدنى الاردنى م ٢١٤ : اذا أوفى المدين حقا طبيعيا فقد حماية القانون صح وفاؤه ولا يعتبر وفاء لما لا يجب .

(ثالثا) لا يجوز أن يقاص الالتزام الطبيعى بدين آخر ، لان المقاصة ضرب من الوفاء الجبرى ، فاذا أجزنا المقاصة فى الالتزام الطبيعى كان هذا اجبارا للمدين على الوفاء بطريق غير مباشر .

(رابعا) كذلك لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعى ، والا كان فى هذا تنفيذ جبرى للالتزام الطبيعى عن طريق تنفيذه على الكفيل (١) .

ونفصل الآن ما أجملناه :

٤٠٠ — **الوفاء الاختيارى بالالتزام الطبيعى جائز** : يشترط فى الوفاء بالالتزام الطبيعى ، كما قدمنا ، أن يكون الوفاء عن بينة واختيار ، فلا يجوز اجبار المدين على الوفاء ولو عن طريق القضاء . والوفاء يكون عن بينة اذا لم يشبه غلط أو تدليس ، وعن اختيار اذا لم يشبه اكراه . فاذا اعتقد المدين خطأ ، وهو يؤدى التزاما طبيعيا ، أنه مجبر على الوفاء لان التزامه مدنى ، أو ظن أن الالتزام الطبيعى يجوز الجبر على تنفيذه ، سواء كان خطأه هذا نتيجة غلط وقع فيه أو تدليس جاز عليه ، كان له أن يسترد ما وفاه بدعوى استرداد غير المستحق . كذلك اذا أكره المدين فى الالتزام الطبيعى على الوفاء به ، جاز له الاسترداد (٢) .

---

(١) وقد قدمنا عند الكلام فى الدفع بعدم تنفيذ العقد أنه لا يجوز للمدين أن يدفع بعدم تنفيذ التزام طبيعى ليمتنع عن تنفيذ التزام مدنى ، والا كان فى هذا تنفيذ جبرى للالتزام الطبيعى بطريق غير مباشر (الوسيط جزء أول فقرة ٤٩٥) . وسنرى أن هذا يصدق أيضا فى الحق للحبس الذى يعتبر الدفع بعدم تنفيذ العقد صورة من صوره (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٨٢ — عكس ذلك هيك ٧ فقرة ١٦٩ ص ٢٣٦ — ص ٢٣٧ ، وقد تأثر هيك بالقانون الرومانى ، ولكنه غفل عن أن هذا القانون كان يجيز أيضا المقاصة فلا تعارض فيه ، أما القانون الحديث فلا يجيز المقاصة لانها وفاء اجبارى ، ووجب أيضا لنفس السبب الا يجيز الحبس) .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : ويشترط لصحة هذا الوفاء أن يقوم به المدين من تلقاء نفسه دون اجبار ، وأن يكون حاصلا عن بينة منه اى وهو يدرك انه يستجيب لمقتضى =

ولا يكفى أن يكون الوفاء عن بينة واختيار ، بل يجب أيضا أن يكون المدن قاصدا ان يوفى التزاما طبيعيا (م ٢٠١ مدنى) . وقد قدمنا ، عند الكلام فى قيام الالتزام الطبيعى ، أن هذا الالتزام يجب أن يرتفع فى وعى الجماعة الى هذه المنزلة . وهنا ، ونحن نتكلم فى تنفيذ الالتزام الطبيعى ، يشترط أن يقع فى وعى المدين بالذات أنه ينفذ التزاما طبيعيا . وهذا هو الذى يجمع فى الالتزام الطبيعى بين وعى الجماعة ومعياره موضوعى ،

= التزام طبيعى لايكفل له القانون جزاء » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٠) . وقد كان هذا هو أيضا حكم التقنين المدنى السابق : استئناف مختلط ١٥ ابريل سنة ١٨٨٠ بوريللى م ٢٠٨ رقم ١ — ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٤٦ — ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٥٢ — استئناف مصر ٢٨ مايو مارس سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٤١٢ ص ٨٩٨ — دى هلتس (Exécution - (paiement فقرة ١٥٧ .

وكان القانون الرومانى لا يجيز استرداد مادفع وفاء لالتزام طبيعى حتى لو كان المدين أعتقد وقت الوفاء أن التزامه مدنى . وفى هذا الحكم — وغيره من الاحكام كما سترى — يبين أن القانون الرومانى كان يرتب على الالتزام الطبيعى آثارا أبعد مدى مما يرتب القانون الحديث . وسار القانون الايطالى وكذلك المشروع الايطالى (م ٦٦) على هذا النهج ، فاكتفيا بأن يكون الدفع تلقائيا (spontané) فيجوز الاسترداد اذا كان الوفاء نتيجة تدليس أو اكراه لان الوفاء لا يكون فى هاتين الحالتين تلقائيا ، ولا يجوز الاسترداد اذا كان الوفاء نتيجة غلط لان الغلط لا يمنع من تلقائية الوفاء (كولان وكابيتان وموراندبير ٢ فقرة ٤٦٨ ص ٣٤٢ — وفى هذا المعنى الاستاذ عبد السلام ذهنى فقرة ٣٧٩) .

ولكن الرأى الراجح فى الفقه — وهو الرأى الذى سار عليه التقنين المصرى — هو أن يكون وفاء الالتزام الطبيعى عن بينة واختيار ، فلا يشوبه غلط أو تدليس أو اكراه . ويبسط الاستاذان بودرى وبارد هذا الرأى فى العبارات الآتية : « وعلى ذلك لا يكفى فى عدم جواز الاسترداد أن يكون الوفاء قد تم عن اختيار (librement) بل ولا أن يكون قد تم تلقائيا (spontanément) وانما يستوجب القانون أن يكون الوفاء قد تم عن علم (sciemment)، اى عن بينة من الامر » (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٧٤) .

Ainsi, pour que le paiement échappe à la répétition, il ne suffit pas qu'il ait eu lieu librement, ni même spontanément, la loi veut qu'il ait été fait sciemment, c'est à dire en connaissance de cause.

هذا ويخضع الوفاء بالالتزام الطبيعى فى اثباته للقواعد العامة فى الإثبات (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٣ ص ٣٣٢ — ص ٣٣٣) .

وبين وعي المدين بالذات ومعياره ذاتي : الأول مطلوب لقيام الالتزام الطبيعي ، والثاني مطلوب لتنفيذه (١) •

فاذا نفذ المدين الالتزام الطبيعي عن بينة واختيار قاصدا أن يوفى بالتزام طبيعي ، كان هذا التنفيذ وفاء (paiement) لا تبرعا (libralité) كما سبق القول (٢) • ويترتب على ذلك النتائج الآتية :

١ — لا يشترط في الوفاء بالالتزام الطبيعي شكل خاص ، كما يشترط ذلك عادة في الهبات (٣) •

٢ — لا يجوز للمدين ، كما قدمنا، أن يسترد ما وفاه•ولو كان الوفاء هبة لجاز الاسترداد حيث يجوز الرجوع في الهبة • ولما كان الوفاء بالالتزام الطبيعي وفاء جزئيا لم يستطع أن يسترد الجزء الذي وفاه ، ولكن لا يستطيع الدائن أن يجبره على الوفاء بالباقي (٤) • ويترتب على ذلك أيضا أن ما دفعه المدين وفاء لالتزامه الطبيعي لو استحق للغير لا يضمنه المدين (٥) •

٣ — لا يشترط في الوفاء بالتزام طبيعي أهلية التبرع•ولو كان الوفاء هبة لا شترطت هذه الأهلية •

---

(١) الاستاذ اسماعيل غانم في احكام الالتزام فقرة ١٥٩ ص ٢٣٠ — ص ٢٣١ •

(٢) ونرى من ذلك أن الالتزام الطبيعي انما يتأكد وجوده وقت انقضائه (أنظر في هذا المعنى جوسران ٢ فقرة ٧١٩) •

(٣) وقد نص تقنين الموجبات والعقود اللبناني (م٨) على ذلك صراحة كما سبق القول •

(٤) هيك ٨ فقرة ٥ — ديمولومب ٢٧ فقرة ٤٩ — أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٥ — بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٧٤ مكررة — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٩٢ ص ٣٢٩ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٩ ص ٥٠٣ هامش رقم ١ •

(٥) هيك ٨ فقرة ٥ — ديمولومب ٢٧ فقرة ٥٠ — بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٧٤ مكررة •

[illegible] اذا وفى المريض مرض الموت بالتزام طبيعي ، لم يعتبر هذا الوفاء مقصوداً به التبرع في حكم المادة ٩١٦ من التقنين المدني ، فلا تسري عليه أحكام الوصية . الا أنه يلاحظ أن هناك قرينة قانونية تقضي بأن كل تصرف صدر في مرض الموت يعتبر صادراً على سبيل التبرع (م ٩١٦ فقرة ٣) ، ومن ثم يفرض في هذا الوفاء أنه تبرع حتى يثبت الدائن أنه وفاء لالتزام طبيعي [illegible]

[illegible] أما فيما بين المدين الذي وفى بالالتزام الطبيعي ودائنيه [illegible] فقد ذهب كثير الى أن الوفاء بالالتزام الطبيعي يعتبر وفاء لا تبرعاً . فلو طعن دائن في هذا الوفاء بالدعوى البوليصية كان عليه أن يثبت غش المدين الذي وفى بالالتزام الطبيعي وغش الدائن الذي استوفى هذا الالتزام ، كما هو الشأن في الدعوى البوليصية بالنسبة الى المعاوضات (١) . وقد كنا ممن يذهب الى هذا الرأي في عهد التقنين السابق (٢) . ولكن التقنين الجديد ، وقد عد الوفاء بدين مدني مؤجل في حكم التبرع بالنسبة الى الدعوى البوليصية (أنظر المادة ٢٤٢ فقرة ثانية) ، لا شك في أنه [illegible] أولى بهذا الحكم للوفاء بالتزام طبيعي . فالمدين المعسر اذا وفى بالتزام طبيعي كان [illegible] لدائنيه وجهاً للاعتراض على هذا التصرف ، ويكون من حقهم أن يعتبروا هذا الوفاء تبرعاً لا معاوضة ، فيكون غير نافذ بالنسبة اليهم حتى لو كان كل من المدين الذي وفى بالالتزام الطبيعي والدائن الذي تلقى هذا الوفاء حسن النية (٣) . ويغلب أن يتحقق ذلك عملاً في تجهيز الأب المعسر [illegible]

(١) أنظر في هذا المعنى بيدان ص ٧٠١ [illegible] — بلانيول وريبير وجابولد ... [illegible] نظرية الالتزام فقرة ٢٦٦ ص ٢٩٩ [illegible] المذكرة الايضاحية [illegible] في مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٢ [illegible]

(٢) أنظر الموجز فقرة ٤٣٥ ص [illegible]

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣٢ ص ٢٢٨ [illegible] — [illegible] ٨ فقرة ٦٩٣ [illegible] — الأستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة [illegible] ص ٣٦ — ٣٧

لابنته ، فان التجهيز التزام طبيعى اذا وفى به المدين المعسر جاز لدائنيه الطعن بالدعوى البوليصية فى هذا الوفاء باعتباره تبرعا لا معاوضة (١)

٤٠١ — الالتزام الطبيعى يصلح سببا لانشاء التزام مدنى :

وكما يجوز الوفاء الاختيارى بالالتزام الطبيعى ، يجوز كذلك الوعد بالوفاء (promesse d'exécution) مادام هذا الوعد قد صدر عن بينة واختيار فاذا كان المدين فى التزام طبيعى ، بدلا من أن يفى بهذا الالتزام وفاء فعليا ، وعد أن يفى به ، فان هذا الوعد يصبح ملزما له (٢) ويكون

---

(١) وقد أوردت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى هذه النتائج ، التى تترتب على أن الوفاء بالالتزام الطبيعى انما هو وفاء لا تبرع ، على الوجه الآتى : « فاذا تحقق هذا الشرط (حصول الوفاء عن بينة واختيار) كان لاداء المدين حكم الوفاء لا حكم التبرع . ويتفرع على ذلك نتائج أربع : اولاها امتناع المطالبة برد ما دفع ، فهو لم يؤد وفاء لدين غير مستحق أو تبرعا يجوز الرجوع فيه ، وانما ادى وفاء لما هو واجب دون أن تحدو نية للتبرع عليه . والثانية عدم اشتراط شكل خاص للوفاء بالالتزام الطبيعى ، على خلاف التبرعات فيغلب فيها اشتراط ذلك . والثالثة الاكتفاء فى تنفيذ الالتزام الطبيعى بأهلية الوفاء بوجه عام ، دون اشتراط أهلية التبرع . والرابعة اعتبار أداء المدين وفاء لا تبرعا ، وبوجه خاص فيما يتعلق بتطبيق أحكام الدعوى البوليصية (وقد خالفنا هذا الرأى فيما قدمناه) وتصرفات المريض مرض الموت » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٠ — ص ٥٠١) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن من عاشر امرأة معاشرة الأزواج التزم التزاما طبيعيا بالنفقة عليها هى وولدها منه ، وينقلب هذا الالتزام الطبيعى الى التزام مدنى اذا هو أرسل اليها النفقة مرات عدة وتعهد تعهدا صريحا فى مكاتباته بالاستمرار على ذلك (استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٩) . وكذلك يتحول الالتزام الطبيعى الى التزام مدنى اذا كان المخدوم قد تعهد خادمه القديم بعد أن أصبح عاجزا بالعون والمساعدة ، ثم تعهد بعد ذلك بأن يدفع له مبلغا معينا (استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٨) . انظر أيضا : استئناف مختلط ١٧ يناير ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٦٢ — ٢٦ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٣٧ — ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١١٧ — ٢٠ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٣٤ .

الالتزام فى هذه الحالة التزاما مدنيا يجبر المدين على الوفاء به . فكأن المدين قد وفى الالتزام الطبيعى بالتزام مدنى (١) .

ويجب أيضا — كما فى الوفاء الاختيارى — أن يكون المدين قد قصد أن يلتزم بالوفاء التزاما مدنيا (٢) ، فلا يكفى مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعى فى ذمته (٣) . ذلك أن اعتراف المدين بوجود التزام طبيعى لايدل ضرورة على قصد الوفاء به ، ذلك القصد الذى رأيناه فى الوفاء الاختيارى — كما هو هنا فى الوعد بالوفاء — يجمع الى وعى الجماعة بالالتزام الطبيعى وعى المدين ذاته بهذا الالتزام . وقد قدمنا أن وعى الجماعة ضرورى فى قيام الالتزام الطبيعى ، ووعى المدين بالذات ضرورى فى تنفيذه . ووجوب أن يقصد المدين الوفاء بالالتزام الطبيعى مسألة من مسائل القانون تخضع لرقابة محكمة النقض ، أما استخلاص هذا القصد من وقائع الدعوى فمسألة واقع لا تخضع لهذه الرقابة (٤) .

---

(١) تارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٣ ص ٣٣١ .

(٢) استئناف مختلط ٢٥ يونيه سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٩٨ — ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١١١ — انظر أيضا فى الالتزام نحو أشخاص يعتبرهم الملتزم أبناءه الطبيعيين : استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٨٩٧م ٩ ص ١٩١ ، وفى التزام رب العمل نحو عامل مدة تجنيده : استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٣٧ — لكن لا يعتد بالتزام الشخص نحو بنت زوجته اذا كان قد آواها فى منزله ، ثم خرجت الى كنف احد اقاربها ، فلا يعتبر ملتزما بالنفقة عليها (استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٧٥) . واذا صرفت شركة لارملة موظف قديم ، مات ضحية حادث من حوادث العمل ، ولاولاده القصر نفقة شهرية مدة طويلة ، لم يتحول هذا الالتزام الطبيعى الى التزام مدنى (استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٩١) .

(٣) ومن أجل ذلك حذفت لجنة مجلس الشيوخ عبارة « إلا إذا أقر المدين به » التى كانت واردة فى المشروع النهائى للتقنين الجديد حتى لا يكون مجرد الاعتراف بالالتزام الطبيعى كافيا لتحويله الى التزام مدنى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك عند ايراد تاريخ نص المادة ٢٠٢ : انظر فقرة ٣٩٨ فى الهامش) .

(٤) الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٣٥٩ ص ٢٣٠ — ص ٢٣١ .

وعلى ذلك إذا عقد المفلس صلحا (concordat) مع دائنيه ، ووفاهم جزءا من الديون ، ووعدهم في الوقت ذاته بوفاء الباقي اذا انصلحت حالته (s'il revient à meilleure fortune) ، ترك لقاضي الموضوع أن يستخلص نية المدين من وقائع الدعوى : هل قصد المدين بهذا الوعد أن يلتزم مدنيا بوفاء الباقي من وقائع الدعوى : هل قصد المدين بهذا الوعد أن يلتزم مدنيا بوفاء الباقي من ديونه فيكون هناك التزام مدني في ذمته معلق على شرط واقف هو انصلاح حاله ويكون الصلح ذاته معلقا أيضا على شرط فاسخ هو الوفاء بهذا الالتزام المدني ، أم قصد مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعي في ذمته هو الوفاء بباقي ديونه متى تمكن من ذلك وفي هذه الحالة لا يجبر على الوفاء ويبقى الصلح قائما حتى لو لم يوف بالباقي من ديونه مع قدرته على الوفاء (١) ؟ فاذا قام شك هل قصد المدين بالوعد أن يلتزم مدنيا أم قصد مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعي ، فالشك يفسر في مصلحته ، ويكون قد قصد مجرد الاعتراف بوجــــود التزام طبيعي (٢) .

٢١ — وقد اختلف الرأي في التكييف القانوني للوعد بالوفاء . ذهب رأي قديم الى أن هذا الوعد يعتبر تجديدا (novation) للالتزام الطبيعي فيكون المدين والدائن قد اتفقا على استبدال دين مدني بالدين الطبيعي فيصبح الالتزام الطبيعي التزاما مدنيا عن طريق التجديد بتغيير الدين

(١) قارن استئناف مختلط ١٢ يونية ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٠٨ — وقد يستخلص قصد المدين من عبارة التعهد (دي باج ٣ ص ٦٣) ومن تفسير نية الدائنين أنفسهم وهل كانوا لا يعتقدون الصلح لولا هذا التعهد فيكون التزاما مدنيا (استئناف مختلط ١٨ مارس ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٩٦) ومع ذلك انظر في أن التعهد يبقى التزاما طبيعيا الا اذا كان هناك الصلح وقت الصلح على أن يوقع كمبيالة . الصلح الذي يحمله على هذا الالتزام ... محكمة اسكندرية الوطنية ١٩ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٤ ص ٢٠٨) .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٣ ص ٣٣١ — ص ٣٣٢ — بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٧٣ ... فقرة ٤٦٩ — تالير موجز القانون التجاري طبعة ثامنة فقرة ٢٠٩٧ .

(novation par changement de dette) (١) . ويعيب هذا الرأي أنه يتعارض مع قواعد التجديد المعروفة ، فالتجديد يفترض تعديلا في الالتزام الأصلي ، إما بتغيير محل الدين أو بتغيير مصدره أو بتغيير أوصافه أو بتغيير الدائن أو بتغيير المدين . والوعد بوفاء التزام طبيعي لا يتضمن تغييرا في شيء من ذلك ، بل هو يقلب الالتزام ذاته — محلا وسببا وأوصافا وأطرافا — من التزام طبيعي إلى التزام مدني . ومن ثم اختار التقنين المدني الجديد الرأي الحديث في الفقه ، واعتبر الوعد بوفاء التزام طبيعي إنشاء لالتزام مدني سببه هو الالتزام الطبيعي ذاته . وبذلك يكون من آثار الالتزام الطبيعي أنه يصلح سببا (cause) لانشاء التزام مدني (٢) .

فإذا وعد المدين في التزام طبيعي بوفاء هذا الالتزام ، كان هذا الوعد ملزما للمدين (٣) ، وأجبر هذا على تنفيذ التزامه ، إذ يصبح التزاما مدنيا توافرت فيه كل أركانه من رضاء ومحل وسبب .

---

(١) انظر في جواز أن يكون الالتزام الطبيعي محلا للتجديد : أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٤ — بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٧٤ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ — ٨ فقرة ٦٨٩ ص ٥٠٢ — ص ٥٠٣ — جوسران ٢ فقرة ٩١٦ — والتون ١ ص ٣٦ — ص ٣٨ — وانظر أيضا في هذا المعنى : استئناف مصر ٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٤١٢ ص ٨٩٨ — استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٦٧ — ٢٢ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٥٠ . ومن ثم نرى أن القضاء المصري ، في عهد التقنين السابق ، كان يسير على هذا الرأي . وانظر أيضا المادة ٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني ، وهي تصرح بأن تحويل الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني لا يمكن أن ينشأ إلا عن تجديد التعاقد .

(٢) كولان وكابيتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ٤٩٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٣ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣٣٧ — دي باج ٣ فقرة ٣١ . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « وقد انقسم الفقه بشأن ماهية هذا [illegible] يقطع المشروع برأي في هذا الخلاف ، [illegible] لا ينطوي على تجديد ينقلب به الالتزام الطبيعي التزاما مدنيا ، بل هو مصدر لالتزام مدني يقوم على الالتزام الطبيعي مقام السبب » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٠٤) .

(٣) والرأي الراجح في الفقه أن هذا الوعد يتم بإرادة المدين المنفردة

ولما كان الوعد بوفاء التزام طبيعى ، كالوفاء الاختيارى بهــذا الالتزام ، لا يعتبر تبرعا ، فهو لا يخضع لأحكام التبرع ، بل لأحـكام المعاوضات ، من حيث الشكل ومن حيث الموضوع ، شـأنه فى ذلك شأن الوفاء الاختيارى فيما قدمناه (١) .

٤٠٢ — لا يقاص التزام طبيعى فى التزام مدنى : تقتصر آثـار الالتزام الطبيعى على جواز الوفاء الاختيارى به وعلى جـواز الوعد بالوفاء ، وذلك على النحو الذى قدمناه . ففى هاتين الصورتين لم يجبر المدين على الوفاء بالالتزام الطبيعى ، بل أداه مختارا وهو على بينة من أمره .

أما اجبار المدين على الوفاء فلا يجوز فى الالتزام الطبيعى ، ولـو كان ذلك بطريق غير مباشر . ولما كانت المقاصة القانونية تتضمن وفـاء اجباريا للدين ، لأن المدين يجد نفسه بمقتضى هذه المقاصة قد أدى ماعليه من الدين بما ثبت له من حق فى ذمة دائنه دون أن يكون مختارا فى ذلك ، فان المدين فى التزام طبيعى اذا كان له فى الوقت ذاته حق مدنى فى ذمة

= دون حاجة الى قبول الدائن ، ومن ثم يجوز لدائن هذا الدائن ان يوقعوا حجزا تحت يد المدين بمجرد أن يصدر منه الوعد دون انتظار لقبول الدائن (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٤ — دى باج ٣ فقرة ٤٣) . راجع ايضا اسماعيل غانم . المرجع السابق فقرة ١٢٢ .

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجمـوعة الاعمال التحضيرية جـزء ٢ ص ٥٠٣ — الموجز للمؤلف فقرة ٤٦٢ — ومـن ثـم لا يشترط شكل خاص فى الوعد بالوفاء كما مشترط ذلـك فى الهبة . كذلك لا تطلب أهلية التبرع ، ويكتفى بأهلية التصرف (بيدان ولاجارد ٨ فقـرة ٦٨٩ ص ٥٠٢ هامش رقم ٣) . ويجبر المدين قضاء ، بعد صدور الوعد بالوفاء ، على تنفيذ هذا الوعد . واذا صدر الوعد فى مرض الموت لا يعتبر تبرعا اذا اثبت الدائن أنه وعد قصد به الوفاء بالتزام طبيعى . اما بالنسبة الى الدعوى البوليصية ، فيعتبر الوعد بالوفاء تبرعا ، شأنه فى ذلك شأن الوفاء الاختيارى .

دائنه ، فحقه هذا لا ينقضى بالمقاصة القانونية فى مقابلة التزامه الطبيعى والا كان فى هذا اجبار له على الوفاء بالتزامه الطبيعى ، وهذا لايجوز (١).

على أن قواعد المقاصة القانونية ذاتها تقضى بذلك ، فمن شروطها أن يتساوى الدينان المتقاصان قوة وضعفا ، فلا يقاص التزام طبيعى فى التزام مدنى (٢) . ولكن يجوز بداهة أن يتمسك الدائن ، اذا كان الحق الذى له حقا مدنيا ، بالمقاصة بين حقه هذا والتزام طبيعى فى ذمته لمدينه، اذ هو فى هذه الصورة انما يوفى بالتزامه الطبيعى اختيارا لا اجباريا (٣).

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصا صريحا فى عدم جواز مقاصة الالتزام الطبيعى بالتزام مدنى . فكانت الفقرة الأولى من المادة ٢٧٨ من هذا المشروع تنص على أنه « لا يقاص

---

(١) وقد كان القانون الرومانى يجيز المقاصة ما بين التزام طبيعى والتزام مدنى . وهنا أيضا نرى هذا القانون يتوسع فى آثار الالتزام الطبيعى ، كما فعل عندما منع استرداد الوفاء بالتزام طبيعى ولو كان الوفاء عن غلط .

(٢) أما المقاصة القضائية — وهى وفاء اختيارى — فتجوز بين التزام طبيعى والتزام مدنى (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٨١ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٧) .

(٣) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية جزء ٢ ص ٥٠٢ هامش رقم ١ — وهل تجوز المقاصة القانونية بين التزامين طبيعيين ؟ لا نرى جواز ذلك ، لأن المقاصة القانونية لا تزال تتضمن هنا وفاء اجباريا ، وقد يكون أحد المدينين أو كلاهما لا يريد الوفاء مختارا بالتزامه الطبيعى للآخر . ويترتب على ذلك النتيجتان الآتيتان : (أولا) اذا لم يف أى من المدينين بالتزامه الطبيعى مختارا لم يجبر على ذلك ، ولا يختلف هذا الوضع عن الوضع الذى تقع فيه المقاصة الا فى أن حالة المقاصة تسقط الدينين أما فى الوضع الاول فيبقى الدينان قائمين وان كان لا يجبر أحد من المدينين على الوفاء به . (ثانيا) اذا وفى أحد المدينين للآخر بالتزامه الطبيعى مختارا ولم يرد الآخر أن يوفى هو أيضا بالتزامه الطبيعى نحو الأول ، لم يستطع الاول أن يسترد ما وفاه بدعوى أنه وفى بالتزام طبيعى سقط بالمقاصة .

التزام طبيعي في التزام مدني (١) » . وقد حذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة لإمكان استخلاص حكمها من النصوص الواردة في المقاصة (٢) » .

٤٣٠ — **لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي** : كذلك لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي إذا كان يقصد بالكفالة أن يترتب في ذمة الكفيل التزام مدني يضمن الدين الطبيعي المكفول (٣) . ذلك أن الكفالة على هذا النحو تفتح السبيل لإجبار المدين على الوفاء بالتزامه الطبيعي عن طريق غير مباشر ، إذ يجبر الدائن الكفيل على الوفاء ، ثم يرجع الكفيل على المدين الأصلي ، فيكون المدين بالتزام طبيعي قد أجبر في النهاية عن طريق غير مباشر على الوفاء بالتزامه ، وهذا لا يجوز (٤) .

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « لا يجوز أن يتحول التزام طبيعي إلى التزام مدني عن طريق المقاصة إلا من طريق الوفاء الاختياري . بيد أن للدائن أن يتمسك بوقوع المقاصة بين دين للمدين ودين طبيعي يلزمه أداؤه ، إذ المقاصة في هذه الصورة تكون بمنزلة الوفاء اختيارا » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٤ هامش رقم ١) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ هامش رقم ١ .

(٣) وكما لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي كفالة شخصية ، كذلك لا تجوز كفالة هذا الالتزام كفالة عينية ، ولا يجوز ترتيب رهن رسمي أو رهن حيازي لضمانه ، وذلك لنفس الأسباب التي لا تجوز من أجلها الكفالة الشخصية ([illegible] فقرة ٣٣ — بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٧٧ — بلانيول وريبير [illegible] فقرة [illegible] — الموجز للمؤلف ص ٤٦٩ هامش رقم ١ — قارن جيلوار في الكفالة فقرة [illegible] — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٩ ص ٣٠٥ [illegible]) .

(٤) [illegible] ٧ فقرة ٩٩٨ — أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ٩ — [illegible] فقرة ٧١٢ — بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٧٧ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٩ ص ٣٠٣ — [illegible] محكمة الاستئناف المختلطة [illegible] كفالة الالتزام الطبيعي كفالة يترتب بموجبها في ذمة الكفيل التزام مدني (استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٤٢) .

وقد كان القانون الروماني [illegible] يجيز كفالة الالتزام الطبيعي بالتزام مدني . وهذا وجه ثالث لتوسع القانون الروماني في آثار الالتزام [illegible]

أما الشبهة التي تقوم في شأن كفالة ناقص الأهلية فمندفعة . ذلك أن المادة ٧٧٧ من التقنين المدني نصت على أن « من كفل التزام ناقص الأهلية ، وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية ، كان ملزماً بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول » . فهذا النص قد أجاز أن يلتزم شخص بتنفيذ التزام ناقص الأهلية إذا تمسك هذا بنقص أهليته . وليست هذه كفالة تبعية بالمعنى المألوف ، بل هي التزام أصلي أخذه على نفسه من تسمى بالكفيل ، وعلقه على شرط واقف هو أن يتمسك ناقص الأهلية بنقص أهليته ليتخلص من تنفيذ التزامه (١) .

على أنه يجوز أن يكفل الكفيل التزاماً طبيعياً وتكون كفالته تبعية لا التزاماً أصلياً ، ولكن التزام الكفيل في هذه الحالة يكون هو أيضاً التزاماً طبيعياً كالالتزام المكفول ، إذ لا يجوز أن تكون الكفالة بشروط أشد من شروط الدين المكفول (م ٧٨٠ مدني) . ويتحقق هذا الفرض فيما إذا كفل الكفيل ناقص الأهلية دون أن يكون عالماً بنقص أهليته ، فعند ذلك يجوز للكفيل أن يتمسك بالدفوع التي يتمسك بها المدين الأصلي (م ٧٨٢ فقرة أولى) ومنها الدفع بنقص الأهلية (٢) ، فينقلب كل من التزام المكفول ناقص الأهلية والتزام

الطبيعي ، وقد رأينا الوجهين الأولين في منع الاسترداد ولو كان الوفاء عن غلط وفي مقاصة الالتزام الطبيعي بالتزام مدني .

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٩ في الهامش .

(٢) وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٧٨٢ من التقنين المدني بأنه « وإذا كان الوجه الذي يحتج به المدين هو نقص أهليته وكان الكفيل عالماً بذلك وقت التعاقد ، فليس له أن يحتج بهذا الوجه » . ويستخلص بطريق العكس من هذا النص أن الكفيل إذا لم يكن عالماً بنقص أهلية المدين وقت التعاقد كان له أن يحتج بهذا الوجه . أما إذا كان عالماً بنقص الأهلية ، وهذا هو الفرض الذي ورد فيه النص ، فإنه يكون عندئذ قد كفل التزام ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته (م ٧٧٧ مدني) ، ويكون التزامه التزاماً أصلياً على النحو الذي قدمناه ([illegible] بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة [illegible] – كولان وكابيتان [illegible] فقرة [illegible] – [illegible] فقرة [illegible] ص ١٥ – بلانيول وريبير [illegible] ٧ فقرة ٩٩٥ [illegible])

الكفيل التزاما طبيعيا . ولا يجبر أحد منهما على الوفاء بالتزامه ، ولكن اذا وفاه مختارا لم يجز له استرداده . فان كان الذى وفى التزامه مختارا هو المكفول ناقص الأهلية فقد قضى التزامه والتزام الكفيل معا ، لأن التزام الكفيل الطبيعى تبع لالتزام المكفول ، وان كان الذى وفى التزامه مختارا هو الكفيل ، فقد قضى التزامه هو ولا يستطيع أن يسترده . كما لا يستطيع الرجوع على المكفول ناقص الأهلية بما وفى ، لأن التزام المكفول التزام طبيعى كما قدمنا لا يجبر على وفائه ولو بطريق غير مباشر (١) .

وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصا صريحا فى عدم جواز كفالة الالتزام الطبيعى ، هو الفقرة الثانية من المادة ٢٧٨ من هذا المشروع ، اذ كانت تنص على أنه « لاتجوز كفالة الالتزام الطبيعى كفالة شخصية أو عينية مادام التزاما طبيعيا » (٢) . وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة

---

(١) أما اذا انقلب الالتزام الطبيعى التزاما مدنيا عن طريق الوعد بالوفاء به على النحو الذى قدمناه ، فانه تجوز كفالته بالتزام مدنى ، شأنه فى ذلك شأن أى التزام مدنى آخر (قارب بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٥ ص ٣٣٥) — ويعد وعدا ضمنيا بوفاء التزام طبيعى أن يقدم المدين بهذا الالتزام كفالة شخصية أو رهنا أو كفالة عينية (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٥ وفقرة ٩٩٦ — الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٦٠ ص ٢٣٢ — وقارب بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٧٥) .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وكذلك لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعى كفالة عينية أو شخصية — أنظر عكس ذلك المادة ٥٥٢ من التقنين الارجنتينى — ما بقى فى نطاق الواجبات الادبية . ذلك أن الكفالة التزام تابع فلا يجوز ، والحال هذه ، أن تكون أفعل أثرا من الالتزام الاصيل . ولا وجه للقياس فى هذا الشأن على كفالة التزام ناقص الاهلية ، فهذه الكفالة يكون لها حكم الصحة باعتبارها التزاما أصيلا لا تابعا . وصفوة القول ان كفالة الالتزام الطبيعى لا تصح الا اذا اعترف به والحق تفريعا على ذلك بالالتزامات المدنية (م ٢٧٧ من المشروع) . ومما هو جدير بالذكر أن القانون الرومانى يجيز كفالة الالتزام الطبيعى كما يجيز القصاص فيه ، على خلاف ما هو متبع فى القانون الحديث» (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ هامش رقم ١) .

المراجعة « لامكان استخلاص حكمها من النصوص الواردة فى الكفالة » (١) .

٢ — الالتزام المدنى

(Obligation civile)

٤٠٤ — التنفيذ جبراً على المدين : بعد أن فرغنا من الكلام فى الالتزام الطبيعى ، لم يعد أمامنا الا أن نواجه الالتزام المدنى ، وهذه هى الصورة المألوفة للالتزام . واذا ذكرنا منذ الآن الالتزام دون تحديد ، فاننا لانقصد به الا الالتزام المدنى .

ولا يمكن حصر حالات الالتزام ، وانما يحصر الالتزام بمصادره ، فهى العقد والعمل غير المشروع والاثراء بلا سبب والقانون ، وقد تقدم بيانها تفصيلا فى الجزء الأول من هذا الكتاب .

والذى يميز الالتزام المدنى عن الالتزام الطبيعى هو ، كما قدمنا ، أن الالتزام المدنى ينفذ جبراً على المدين (م ١٩٩ فقرة أولى مدنى) . ذلك أن هذا الالتزام يجتمع فيه ، كما سبق القول ، عنصرا المديونية والمسئولية ، فالمديونية تجيز الوفاء به كما فى الالتزام الطبيعى ، والمسئولية تجبر على الوفاء به خلافا للالتزام الطبيعى .

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ هامش رقم ١ — هذا ولا يجوز نقل التزام طبيعى من ذمة الى ذمة ، ولا ينتقل الالتزام الطبيعى من ذمة المورث الى ذمة الوارث حتى فى القانون الفرنسى الذى تنتقل فيه الديون بالميراث . وعند القائلين بأن الهبة الباطلة لعيب فى الشكل يتخلف عنها التزام طبيعى فى ذمة ورثة الواهب ، يكون هذا الالتزام الطبيعى أصيلا فى ذمة الورثة فهو قد نشأ ابتداء فى ذمتهم ولم ينتقل اليهم من المورث . أنظر فى ذلك : بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٤٠ — وقارن : جوسران ٢ فقرة ٧١٦ .

وقد رأينا فيما تقدم أن تنفيذ الالتزام اما أن يكون تنفيذا عينيا ، واما أن يكون تنفيذا بمقابل عن طريق التعويض . ورأينا أن القاعدة الجوهرية فى هذا الموضوع أن أموال المدين جميعا تكفل تنفيذ التزاماته .

فنعالج اذن — استكمالا لآثار الالتزام — هذه الموضوعات الثلاثة فى أبواب ثلاثة :

الباب الأول : التنفيذ العينى .

الباب الثانى : التنفيذ بطريق التعويض .

الباب الثالث : القاعدة التى تقضى بأن أموال المدين تكفل تنفيذ التزاماته ، وما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان .

الباب الأول

التنفيذ العيني

(Exécution en nature — Exécution directe)

٤٠ — متى يكون التنفيذ العيني وكيف يكون : تمهيد

الفصـــل الأول

متى يكون التنفيذ العينى

٤٠٦ ــ **النصوص القانونية :** تنص المادة ٢٠٣ من التقنين المـدنى على ما يأتى :

« ١ ــ يجبر المدين ، بعد اعذاره طبقا للمادتين ٢١٩ و ٢٢٠ عـلى تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا ، متى كان ذلك ممكنا » .

« ٢ ــ على أنه اذا كان فى التنفيذ العينى ارهاق للمدين ، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدى ، اذا كان ذلك لا يلحق بالـدائن ضررا جسـيما »(١) .

---

(١) **تاريخ النص :** ورد هذا النص فى المادة ٢٧٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى اسـتقر عليه فى التقنين الجديد ، فيما عدا بعض تحويرات لفظية طفيفة أزالتها لجنة المراجعة ، واصبح رقم النص المادة ٢٠٩ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشـيوخ ذكر أن الفقرة الثانية تتضمن فكرة جديدة هى استثناء من القاعدة العامة فى وجوب الوفاء من طريق التنفيذ العينى . وهذا الاستثناء يعرض عند اقامة المالك بناء خلافا لما يفرضـه عليه التزام سابق أو أرتفاق بعدم البناء ، وهذا أمر كثير الوقوع فى مصر . فمن واجب القاضى فى هذا المقـام عند المطـالبة بالتنفيذ العينى أن يوازن بين مصالح ذوى الشأن ، وأن يتفادى تحميل المدين تضحيات جسـاما درءا لضرر طفيف . وذكر أيضا أن ادارة القضـايا فى كثير من مخالفـات التنظيم كانت تطبق هذا الحكم ، وتقضى بعدم تنفيذ حكم المخـالفة للمصلحة العامة ، ولا يفهم من هذا أن النص يجيز للقـاضى الجنائى الحكم بالغرامة دون الازالة لان الازالة عقوبة ، فنطـاق تطبيق النص هو المعاملات المدنية . وقد أزال هذا القول الشـبهة التى قامت من أن القاضى الجنائى قد يحكم بالغرامة دون الازالة بسبب المصـلحة العـامة . واقترح أن يوصف الارهاق المذكور فى الفقرة الثانية ، فأجيب بأن المراد بالارهاق العنت الشديد ولا لزوم للوصف لان الامر متروك لتقدير القـاضى . ثم أعيد الاعتراض على الفقرة الثانية ، فأجيب بأن حكمها مأخوذ مما استقر عليه القضاء فانه بالرغم من عدم وجود هذا النص قد أخذ به وسار عليه وفى سبيل ذلك خرج على =

ولا مقـــابل لهذا النص فى التقنين المدنى الســـابق • ولكن حكم الفقرة الأولى كان معمولا به دون نص ، أمـــا حكم الفقرة الثانيـــة فمستحدث وهو منقول عن التقنين الألمانى (١) •

ويقابل هذا النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى ، فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٠٤ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢٤٦ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٠٦ ، وفى تقنين الموجبات والعقـــود اللبنانى المادة ٢٤٩ ، وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٢٨٤ ، وفى التقنين المدنى الاردنى المـــادة ٣٥٥ (٢) •

= نصوص التشريع ، فالمشروع لم يأت بجديد بل قنن ما سار عليه القضاء وانتهت اللجنة بالموافقة على المادة وأصبح رقمها ٢٠٣ • ووافق مجلس الشيوخ عليها كمـــا أقرتها لجنته (مجموعة الاعمـــال التحضـــيرية ٢ ص ٥٠٩ ـ ص ٥١٣) •

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « الاصل أن للدائن المطالبة بتنفيذ الالتزام عينا وللمدين عرض القيام بذلك ما بقى هذا التنفيذ ممكنا • ولم يستثن المشروع من هذه القاعدة الا حالة واحدة ، استمد حكمها من التقنين الالمانى ، فاذا لم يكن التنفيذ العينى ميسورا الا ببذل نفقـــات لا تتناسب مع ما ينجم من ضرر من جراء التخلف عن الوفاء عينا ، اقتصر حق الدائن استثناء على اقتضاء التعويض » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٦) •

على أن هذا النص المســـتحدث ليس فى الواقع الا تقنينا لما جرى عليه القضاء المصرى ، كما سبق القول • ولذلك يكون له ، باعتباره نصا مفسرا ، أثر رجعى ، فيسرى على الحوادث التى تمت قبل نفاذ التقنين المدنى الجديد •

(٢) **التقنينات المدنية العربية الاخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٠٤** (مطابقة لنص المادة ٢٠٣ من التقنين المدنى المصرى) •

التقنين المدنى العراقى م ٢٤٦ (مطابقة لنص المادة ٢٠٣ مـــن التقنين المدنى المصرى ، فيما عدا انها لا تنص على الاعذار) •

التقنين المدنى الليبى م ٢٠٦ (مطابقة لنص المادة ٢٠٣ من التقنين المدنى المصرى) •

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٤٩ : يجب على قدر المستطاع أن توفى الموجبات عينا ، اذ أن للدائن حقا مكتسبا فى استيفاء موضوع الموجب بالذات • (والحكم يتفق مع حكم التقنين المصرى ، حتى فيمـــا يتعلق بجواز التعويض اذا كان فى التنفيذ العينى ارهاق للمدين ما دام نص التقنين اللبنانى يتضمن عبارة «على قدر المستطاع» ، ويمكن تفسيرها فى شىء من التوسع ، =

٤٠٧ — شروط أربعة : ويستخلص من النص المتقدم أن هناك شروطا أربعة لاقتضاء التنفيذ العيني :

(أولا) أن يكون التنفيذ العيني ممكنا .

(ثانيا) أن يطلبه الدائن أو يتقدم به المدين .

(ثالثا) ألا يكون فيه إرهاق للمدين ، أو يكون فيه إرهاق ولكن العدول عنه يلحق بالدائن ضررا جسيما .

(رابعا) أن يعذر المدين .

٤٠٨ — الشرط الأول — أن يكون التنفيذ العيني ممكنا : فإذا أصبح هذا التنفيذ مستحيلا ، سواء رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي أو كانت بخطأ المدين ، فلم يعد هناك جدوى من المطالبة بالتنفيذ العيني ، ويرجع الدائن بالتعويض إذا كانت الاستحالة بخطأ المدين (٢) ، وإلا انقضى الالتزام دون تعويض إذا كانت الاستحالة بسبب أجنبي . مثل ذلك هلاك الشيء محل الالتزام ، أو صيرورة العمل الذي التزم به المدين مستحيلا .

= وقارن في ذلك الدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني [illegible]

والتقنين المدني الكويتي م ٢٨٤ [illegible] من التقنين المدني المصري ، فيما عدا أنها تضيف [illegible] الحق في قصر حق الدائن على اقتضاء تعويض [illegible] للمحكمة بناء على طلب المدين [illegible]

التقنين المدني الأردني [illegible] المادة ٢٠٣ [illegible] التقنين [illegible] فيما عدا أنها نصت على أن [illegible] على اقتضاء تعويض نقدي جوازي للمحكمة بناء على طلب المدين) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض [illegible] على تسليم العين المبيعة إلى المشتري لن يكون هذا التسليم ممكنا ، إذا كانت هذه العين مملوكة للبائع وقت انعقاد البيع ثم تعلقت بها ملكية شخص آخر قانونيا ، فاستحال الوفاء بهذا الالتزام عينا للمشتري (نقض مدني في ١٧ من ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة أحكام النقض [illegible] رقم [illegible] ص ١٢٥٥) .

ويعتبر التنفيذ العينى غير ممكن اذا كان اجـراؤه يقتضى تدخـل المدين الشخصى ويأبى المدين أن يقوم بتنفيذ التزامـه ، ويتحقق ذلك على وجه خاص فى عمل الرسام والممثل والفنان بوجه علم وفى كل عمل فنى كعمل الطبيب وعمل المهندس . فاذا لم يلجـأ القاضى الى طـريق التهديد المالى ، أو لجأ اليه ولم ينتج ، لم يبق الا اعتبار التنفيذ العينى غير ممكن ، ولامناص اذن من مجاوزته والالتجاء الى طريق التعويض .

أما فى الالتزام بنقـل حق عينى (م ٢٠٤ مدنى) ، وفى الالتزام بعمل تسمح طبيعته أن يقوم حكم القاضى فيه مقام التنفيذ كتنفيذ وعد البيع (م ٢١٠ مدنى) ، فالتنفيذ العينى ممكن بحكـم القانـون أو بحكـم القاضى (١) . وفى الالتزام بالامتناع عن عمل ، اذا أخل به المدين وأقدم على العمل ، أصبح التنفيذ العينى مستحيلا ، ولكن التعـويض العينى — بازالة ما وقع مخالفا للالتزام (م ٢١٢ مدنى) — قد يكون ممكنا ، وقد يضاف اليه تعويض نقدى عن الضرر الذى حدث بفعل المدين .

فامكان التنفيذ العينى يرجـع اذن الى طبيعـة الالتزام ومـداه والوسائل المـادية اللازمة لهذا التنفيذ (٢) .

وكثيرا ما ترجع الاستحالة الى ميعـاد تنفيذ الالتزام . ذلك أن الالتزام قد لا يكون فى تنفيذه جدوى اذا جاوز التنفيذ ميعادا معينا ، كممثل تخلف عن التمثيل فى الميعاد المحدد ، وكادارة معرض لم تتقـدم

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بان الغرض من دعوى صحة التعاقد هو اجبار البائع على تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع تنفيذا عينيا فاذا كان هذا التنفيذ قد أصبح غير ممكن لوروده على شىء غير قابل للتعامل فيه فان طلب صـحة ونفاذ عقد البيع يكون متعين الرفض (نقض مدنى فى ٢١ من فبراير سنة ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ رقم ٢١١ ص ١٣٩٨) .

(٢) بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٤٤١ . وقـد قضـت محكمة النقض بان الاستحالة فى تنفيذ الالتزام التى تقوم على أسباب قانونية تعتبر من مسـائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى فى ١٥ من ديسمبر سنة ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ رقم ٢٠١ ص ١٢٣٤) .

لأحد العارضين مكانا للعرض التزمت بتقديمه حتى انقضت أيام العرض . فاذا فات الميعاد الذى يجرى فيه تنفيذ الالتزام ، أصبح التنفيذ العينى غير ممكن حكما ، ولا مناص اذن من الاقتصار على طلب التعويض • وفى غير الحالة المتقدمة ، قد لا يحدد ميعاد للتنفيذ ، فيستطيع الدائن حينئذ أن يحدد للمدين ميعادا مناسبا وينذره فى الوقت ذاته أنه لن يقبل الوفاء اذا جاوز هذا الميعاد ، فيمتنع التنفيذ العينى بعد هذا الميعاد الا اذا أثبت المدين ألا ضرر منه على الدائن (١) •

٤٠٩ — الشرط الثانى — أن يطلب الدائن التنفيذ العينى أو يتقدم به المدين : اذا طلب الدائن التنفيذ العينى ، وكان ممكنا ، فليس للمدين أن يمتنع عن ذلك مقتصرا على التقدم بتعويض ، بل يجبر على التنفيذ العينى أى على أداء عين ما التزم به (in specie, ad rem ipsam) (٢) • وكذلك اذا تقدم المدين بالتنفيذ العينى — ويكون فى هذه الحالة ممكنا بطبيعة الحال — فليس للدائن أن يرفضه ويطلب التعويض مكانه (٣) •

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « بقى بعد ذلك تحديد فكرة امكان التنفيذ ، فمتى يسوغ القول بأن تنفيذ الالتزام عينا يدخل فى حدود الامكان ، ولا سيما فيما يتعلق بميعاد التنفيذ ؟ اذا لم يحدد ميعاد للتنفيذ جاز الوفاء عينا ما دامت الظروف تسمح به ، دون أن يخل ذلك بداهة بحق الدائن فيما يجب له من تعويض عن التأخير • ويهيىء التقنين الالمانى للدائن وسيلة لقطع الشك باليقين فى مثل هذه الحالة • فيبيح له أن يحدد للمدين ميعادا مناسبا للوفاء عينا ، وأن يشفع هذا التحديد بابلاغه أنه لن يقبل منه وفاءه بعد انقضاء هذا الميعاد (انظر المادة ٢٥٠ من التقنين الالمانى) • وليس ثمة ما يمنع من العمل بهذا الحكم دون حاجة الى الاستناد الى نص تشريعى خاص • أما اذا حدد ميعاد للتنفيذ فالمفروض أن الوفاء العينى يمتنع بعد انقضاء هذا الميعاد ، الا أن يقيم ذو الشأن الدليل على عكس ذلك » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٠) •

(٢) استئناف مختلط ١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ١٠ — ٢٦ ابريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٢٩ — ١٧ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٦٣ — ٥ يونيه سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٥٨ •

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن مؤدى النص فى المادتين ١/٢٠٣ و ٢١٥ من القانون المدنى — وعلى ما يبين من المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد — ان الاصل هو تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا ولا يصار الى عوضه أي التنفيذ بطريق التعويض الا اذا استحال التنفيذ العينى ، =

به تبرأ ذمة المدين بالتنفيذ العينى الكامل ،رضى به الدائن أو أباه (١) .

= فاذا لجأ الدائن الى طلب التعويض وعرض المدين القيام بتنفيذ التزامه عينا — متى كان ذلك ممكنا — فلا يجوز للدائن ان يرفض هذا العرض لان التعويض ليس التزاما تخييريا او التزاما بدليا بجانب التنفيذ العينى . لما كان ذلك ، وكان المطعون ضدهم قد قصروا دعواهم على طلب التعويض ، وكان البين من الاوراق أن الطاعن عرض عليهم تنفيذ التزامه عينا بأن أبدى استعداده لتسليم المنقولات المتنازع عليها كما طلب اثباتا لجديته ندب خبير لطابقة المنقولات التى أبدى استعداده لتسليمها على المنقـــولات المثبتة بالشكوى والموضحة بصحيفة الدعوى مما كان معه على محكمة الاستئناف أن تعمل بموجب هذا العرض ولو لم يطلب المطعون ضدهم التنفيذ العينى أو اصروا على طلب التعويض ، غير أن الحكم المطعون فيه التفت عن دفـــاع الطاعن فى هذا الخصوص ولم يعن ببحثه مع أنه دفاع جوهرى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى لو ثبت امكان التنفيذ العينى ، واذ قضى الحـــكم بالتعويض دون اعتداد بما أبداه الطاعن من استعداد لرد المنقولات عينـــا ودون ثبوت ضياعها أو انتفاء جدية الاستعداد لتسليمها ، فانه يكون قـــد خالف القانون : نقض مدنى فى ٢٠ يونيه سنة ١٩٧٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ حـ ٢ رقم ٣١٨ ص ٧٠٣ .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم المطعون فيه قد قرر أن من حق المستأنفة استرداد منقولاتها ، فلها أن تستردها وأن تطالب بقيمتها اذا لم توجد ، ولكنها لم تفعل هذا ، بل طلبت من أول الأمر الحكم لها بقيمتها دون أن تثبت ضياعها أو تعذر الحصول عليها ، مع أنه كان ينبغى أن تطلب الحكم لها بتسليمها اليها عينا ، فاذا تعذر ذلك حق لها المطالبة بقيمتها . وهذا لا يمنعها من المطالبة من جديد بهذه المنقولات عينا اذا شاءت » ، فان هذا الذى قرره الحكم لا عيب فيه ، ذلك بأن ما جاء بصحيفة دعوى الطاعنة من تكليفها المطعون عليه بتسليمها هذه المنقولات لا يعدو أن يكون انذارا منها له بذلك لم يقترن بطلب الحكم بتسليمها عينا (نقض مدنى ١٢ يونيه سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٨٧ ص ١١٨٧) .

وكالتنفيذ العينى التعويض العينى ، وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن التعويض العينى عن الفعل الضار هو الاصل ، ولا يصار الى عوضه أى التعويض النقدى الا اذا استحال التعويض عينا . فاذا رفع المضرور دعواه مطالبا بتعويض نقدى ، وعرض عليه المدعى عليه التعويض عينا — كرد الشيء المغتصب — وجب قبول ما عرضه ، بل لا تكون المحكمة متجاوزة سلطتها اذا هى أعملت موجب هذا العرض ولو لم يطلب المدعى ذلك أو أصر على ما يطلبه من تعويض نقدى . وعلى ذلك فاذا استولت جهة الادارة على عقار دون اتخاذ اجراءات نزع الملكية ، فقاضـــاها المالك مطالبا بقيمة العقار ، وأبدت الادارة أثناء ســير الدعوى استعدادها أن ترد الارض المغتصـــبة ، وقضت المحكمة للمدعى بقيمة الارض دون أن تعتبر باستعداد المدعى عليه للرد ودون أن تنفى =

فاذا لم يطلب الدائن التنفيذ العينى — حتى اذا كان ممكنا — واقتصر على طلب التعويض ، ولم يعرض المدين من جهته أن يقوم بتنفيذ التزامه عينا ، فانه يستعاض عن التنفيذ العينى بالتعويض . ويقوم هذا على أساس اتفاق ضمنى بين الدائن والمدين ، فما دام الدائن لم يطلب التنفيذ العينى وطلب التعويض فكأنه ارتضى هذا مكان ذلك . وما دام المدين لم يعرض التنفيذ العينى فكأنه قبل أن يدفع التعويض مكانه ، فيقع الاتفاق بين الجانبين على التعويض عوضا عن التنفيذ العينى (١) .

ونرى من ذلك أن التعويض ليس التزاما تخييريا أو التزاما بدليا بجانب التنفيذ العينى . فليس للالتزام الا محل واحد ، هو عين ما التزم به المدين أى التنفيذ العينى . ولا يملك الدائن وحده أو المدين وحده أن يختار التعويض دون التنفيذ العينى ، فالتعويض اذن ليس بالتزام تخييرى . ولا يملك المدين وحده أن يتقدم بالتعويض بدلا من التنفيذ

= استحالة الرد أو جدية الاستعداد له ، فان حكمها يكون قد خالف القانون (نقض مدنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٢ ص ٦٨٢) .

(١) هذا واذا طلب الدائن التعويض ، فله قبل الحكم أن يعدل عنه الى طلب التنفيذ العينى اذا كان هذا التنفيذ ممكنا . وكذلك اذا طلب التنفيذ العينى ، فالمفروض أنه طلب ضمنا التعويض اذا تعذر التنفيذ العينى ، فاذا قضى له فى هذه الحالة بالتعويض فلا يعد هذا قضاء بما لم يطلبه الخصم (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٣ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٤٣٩ ص ٣١٩) .

وقد قضت محكمة النقض بان طلب التنفيذ العينى والتنفيذ بطريق التعويض قسيمان يتقاسمان التزام المدين ويتكافآن قدرا بحيث يجوز الجمع بينهما اذا تم التنفيذ العينى متأخرا ، فاذا كانت الدعوى قد رفعت أمام محكمة أول درجة بطلب رد أسهم أو قيمتها فان الطلب على هذه الصورة ينطوى على طلب التنفيذ العينى والتنفيذ بطريق التعويض ، ومن ثم فليس هناك ما يمنع المدعى حينما يتراخى التنفيذ العينى بحيث يصيبه بالضرر من أن يطلب تعويضا عن هذا الضرر . (نقض مدنى فى ٢٨ من مارس سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ رقم ٦٤ ص ٤١٣) .

العينى ، فالتعويض اذن ليس بالتزام بدلى (١) • ولكن يجوز أن يستبدل بالتنفيذ العينى التعويض النقدى ، لا بارادة الدائن وحده ، ولا بارادة المدين وحده ، ولكن باتفاقهما معاً اذا بقى التنفيذ العينى ممكنا ، أو بحكم القانون اذا أصبح التنفيذ العينى مستحيلا بخطأ المدين • وفى هاتين الحالتين لا يكون التعويض النقدى الا بديلا عن التنفيذ العينى (٢) ، فالالتزام هو هو لم يتغير ، وانما استبدل بمحله محل آخر باتفاق الطرفين أو بحكم القانون (٣) • أما اذا أصبح التنفيذ العينى مستحيلا بغير

---

(١) وقد رأينا أن العربون التزام بدلى ، أما الشرط الجزائى — وهو تعويض قدره الطرفان — فليس بالتزام بدلى ولا التزام تخييرى ، شأنه فى ذلك شأن التعويض (الوسيط جزء أول الطبعة الثالثة فقرة ١٤٢ ص ٣٣٦ هامش رقم ١) •

ويرى الاستاذ اسماعيل غانم أن التنفيذ بمقابل او التعويض ليس الا طريقا احتياطيا لا يضطر الدائن الى اتباعه الا اذا تعذر التنفيذ العينى . اسماعيل غانم . المرجع السابق فقرة ٧ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن تنفيذ الالتزام اما أن يكون عينيا فيقوم المدين بأداء عين ما التزام به أو تنفيذه عن طريق التعويض ، والتعويض قد يكون نقديا أو عينيا بازالة المخالفة التى وقعت اخلالا بالالتزام : نقض مدنى فى ١٠ مايو سنة ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ رقم ١٩٩ ص ١١٥٨ .

(٣) ويترتب على ذلك أن الضمانات التى تكفل الالتزام فى تنفيذه العينى تبقى لتكفل التعويض النقدى عندما يحل محل التنفيذ العينى (بودرى وبارد ١ فقرة ٤٤١ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ٨٢١ ص ١٤٧ وفقرة ٨٧٣ — دى باج ٣ فقرة ٩٨ — الدكتور حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣١ — وقارن مازو فى المسئولية ١ فقرة ١٠٠ . وانظر الاستاذ اسماعيل غانم فى احكام الالتزام فقرة ٥٩ ص ٧٩ هامش رقم ١) .

وقد جاء فى الموجز للمؤلف فى هذا المعنى ما يأتى : « ان محل الالتزام هو التنفيذ العينى لا التعويض . وهو ما يجب أن يطالب به الدائن بصفة أصلية . وهو ما يجب أيضا ان يعرضه المدين على الدائن اذا اراد براءة ذمته من الدين . فما دام التنفيذ العينى ممكنا فان التعويض لا يكون التزاما تخييريا ولا التزاما بدليا — فاذا أصبح التنفيذ العينى مستحيلا ، واصبح المدين مسئولا عن التعويض ، فليس معنى ذلك ان الالتزام بالتنفيذ العينى قد انقضى وحل محله التزام جديد بالتعويض . بل ان التزام المدين واحد لم يتغير ، والذى تغير هو محل الالتزام ، فبعد ان كان تنفيذا عينيا أصبح =

خطأ المدين ، فقد انقضى الالتزام ، لأن محله أصبح مستحيلا باستحالة التنفيذ العينى ، ولأنه لا محل للتعويض النقدى لانتفاء المسئولية •

٤١٠ — الشرط الثالث — ألا يكون فى التنفيذ العينى ارهاق للمدين ، أو يكون فيه ارهاق ولكن العدول عنه يلحق بالدائن ضررا جسيما : وقد يكون التنفيذ العينى ممكنا ، ومع ذلك يعدلّ عنه المدين بارادته وحده ، ويقتصر على دفع تعويض نقدى ، على أن يتوافر لذلك شرطان :

(أولا) أن يكون فى التنفيذ العينى ارهاق للمدين • والارهاق ينطوى على معنى العنت الشديد ، ولا يكفى فيه مجرد العسر والكلفة والضيق ، بل يجب أن يكون التنفيذ العينى من شأنه أن يلحق بالمدين خسارة جسيمة فادحة ، ويترك التقدير فى ذلك للقاضى(١) • وشرط

= تعويضا ، فتبقى الضمانات التى كانت تكفل التنفيذ العينى كافلة للتعويض (الموجز فقرة ٤٤٢ ص ٤٣٩) •

وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « اذا كان تنفيذ الالتزام يدخل فى حدود الامكان ، فمن حق الدائن أن يستأديه ، ومن حق المدين أن يعرض القيام به• وليس يجوز العدول عن هذا التنفيذ الى طريق التعويض الا بتراضى المتعاقدين . ذلك ان التعويض لا ينزل من التنفيذ العينى منزلة التزام تخييرى أو التزام بدلى . فهو ليس موكولا للتخيير ، لان رخصة العدول عن الوفاء عينا الى الوفاء بمقابل غير ثابتة لاى من المتعاقدين ، سواء فى ذلك الدائن او المدين . فمن واجب الاول أن يعرض الوفاء عينا ، ومن واجب الثانى قبول هذا الوفاء . وهو ليس بالبديل ، لان المدين لا يملك عرض العوض النقدى ما بقى الوفاء ممكنا » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٠) •

(١) وقد رأينا فى تاريخ المادة ٢٠٣ (أنظر آنفا فقرة ٤٠٦ فى الهامش)، فى المناقشات التى دارت فى لجنة مجلس الشيوخ ، ان « المراد بالارهاق العنت الشديد ، ولا لزوم للوصف لأن الأمر متروك للقاضى » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٢) •.

وقد قضت محكمة النقض بأنه وان كان الاصل ان للدائن طلب تنفيذ التزام مدينة عينا ، وكان يرد على هذا الاصل استثناء من حق القاضى اعماله تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٢٠٣ من القانون المدنى أساسه =

الارهاق هذا تطبيق من تطبيقات نظرية الضرورة ، وقد رأينا تطبيقات مماثلة فى عقود الاذعان وفى الظروف الطارئة وفى مواطن أخرى كثيرة (١) •

(ثانيا) ألا يلحق الدائن من جراء العدول عن التنفيذ العينى الى التعويض ضرر جسيم • فلا يكفى اذن أن يكون فى التنفيذ العينى ارهاق للمدين ، بل يجب أيضا ألا يصاب الدائن بضرر جسيم من جراء عدم التنفيذ العينى والاقتصار على التعويض • والتوازن هنا مطلوب بين المصالح المتعارضة ، مصالح المدين ومصالح الدائن • فاذا أمكن تفادى ارهاق المدين ، ولو بضرر يسير يصيب الدائن ، جاز أن يحل التعويض النقدى محل التنفيذ العينى • أما اذا كان التنفيذ العينى لا يترتب عليه ارهاق شديد للمدين ، أو ترتب عليه هذا الارهاق ولكن العدول عنه الى التعويض يلحق بالدائن ضررا جسيما ، وجب الرجوع الى الأصل ، وهو وجوب التنفيذ العينى دون التعويض ، وذلك حتى ينال الدائن حقه كاملا ، مادام المدين لا يرهق من جراء ذلك ، أو حتى يندفع عن

= الا يكون هذا التنفيذ مرهقا للمدين فيجوز فى هذه الحالة أن يقتصر على دفع تعويض نقدى متى كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما : نقض مدنى فى ٣٠ مارس سنة ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ رقم ١٥١ ص ٨٦٥.

(١) وفى فرنسا يذهب القضاء الى جواز الحكم بالتعويض حتى لو كان التنفيذ العينى ممكنا ، اذا تبين من الظروف أن التنفيذ العينى يكون مرهقا للمدين او للغير وأن الدائن ينال ترضية كافية بالتعويض (نقض فرنسى ٢٥ يولية سنة ١٩٢٢ سيريه ٢٣ — ١ — ١١١ — انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٣ — وقارن بودرى وبارد ١ فقرة ٤٣٨).

ويمكن ارجاع ذلك الى نظرية التعسف فى هذا استعمال الحق ، فمن حق الدائن أن يطالب بالتنفيذ العينى ما دام ممكنا ، ولكنه يكون متعسفا فى هذا الطلب ، فلا يجاب اليه ، اذا تبين من الظروف ان التنفيذ العينى مرهق للمدين أو للغير دون أن تكون هناك فائدة منه تعود على الدائن) الموجز ص ٤٣٩ هامش رقم ١) . وراجع أيضا الاستاذ اسماعيل غانم فى المرجع السابق فقرة ٧ حيث يرى أن « نظرية التعسف فى استعمال الحق لاتقتصر على علاج التعسف بعد وقوعه ، بتعويض الضرر الناتج عنه ، بل ان لها دورا وقائيا ، فبمقتضاها يمنع صاحب الحق من استعمال حقه ان كان هذا الاستعمل تعسفيا »

الدائن الضرر الجسيم الذى يصيبه من جراء عدم التنفيذ العينى • وإذا كان لابد من ارهاق المدين أو تحميل الدائن ضررا جسيما ، فالأولى بالرعاية هو الدائن ، لأنه انما يطالب بحقه فى غير تعسف (١) •

ومن التطبيقات الظاهرة للقاعدة التى نحن بصددها ما ورد فى المادة ١٠١٨ من التقنين المدنى ، وتنص على ما يأتى : « ١ — اذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار فى البناء عليه كيف شاء ، كأن يمنع من تجاوز حد معين فى الارتفاع بالبناء أو فى مساحة رقعته ، فان هذه القيود تكون حقوق ارتفاق على هذا العقار لفائدة العقارات التى فرضت لمصلحتها هذه القيود ، هذا ما لم يكن هناك اتفاق يقضى بغيره • ٢ — وكل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة باصلاحها عينا ، ومع ذلك

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بان التنفيذ العينى للالتزام هو الاصل والعدول عنه الى التعويض النقدى هو رخصة لقاضى الموضوع تعاطيها كلما راى فى التنفيذ العينى ارهاقا وبشرط الا يلحق ذلك ضررا جسيما بالدائن • واذن فمتى كانت المحكمة قد رات ان عدم التنفيذ العينى من شأنه ان يضر بالدائن ضررا جسيما ، فانه لا تثريب عليها اذ هى اعملت حقا اصيلا لهذا الدائن وقضت بالتنفيذ العينى ولا شأن لمحكمة النقض فى فى التعقيب عليها فى ذلك • (نقض مدنى فى ١٤ من ابريل سنة ١٩٥٥ • مجموعة أحكام النقض السنة ٦ رقم ١٢٦ ص ٩٦٩) •

كما قضت محكمة النقض بأنه لئن كان الاصل ان للدائن المطالبة بتنفيذ التزام مدينه عينا الا انه يرد على هذا الاصل استثناء تقضى به المادة ٢/٢٠٣ من القانون المدنى اساسه الا يكون هذا التنفيذ مرهقا للمدين ، اذ يجوز فى هذه الحالة ان يقتصر على دفع تعويض نقدى اذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما ، فاذا كان الحكم قد اقام قضاءه على أن تنفيذ المؤجرة التزامها بتركيب المصعد ليس من شأنه ارهاقها لانه سوف يعود عليها بالفائدة باضافته الى ملكها والانتفاع بأجرته الشهرية المتفق عليها ، وكان هذا القول من الحكم لا يؤدى الى انتفاء الارهاق عن المؤجرة اذ يشترط لذلك الا يكون من شأن تنفيذ هذا الالتزام على حسابها بذل نفقات باهظة لا تتناسب مع ما ينجم من ضرر بالمستأجر من جراء التخلف عن تنفيذه ، فان الحكم يكون قد حجب نفسه عن بحث مدى الارهاق الذى يصيب الطاعنة بتركيب المصعد لمقارنته بالضرر الذى يلحق بالمطعون عليه من عدم تركيبه مما يعيب الحكم بمخالفة القانون والقصور فى التسبيب • (نقض مدنى فى أول فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ رقم ٢٩ ص ٢٠٢١) •

يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض اذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك » . فهنا يقضى النص بالاقتصار على التعويض دون التنفيذ العينى — والتنفيذ العينى هو هدم البناء (١) — اذا رأى القاضى ما يبرر ذلك . والقاضى يرى مبررا لذلك اذا كان الهدم يرهق المدين فى الوقت الذى لا يلحق فيه ابقاء البناء ضررا جسيما بالدائن (٢) . وقد كان القضاء المصرى ، فى عهد التقنين السابق ، يسير على هذه القاعدة دون نص لاتفاقها مع قواعد العدالة (٣) .

ويستخلص مما تقدم أن التعويض يحل محل التنفيذ العينى اذا كان هذا مستحيلا ، أو كن ممكنا واتفق الطرفان على التعويض ، أو لم يتفقا

---

(١) سنرى عند الكلام فى الالتزام بالامتناع عن عمل أن تنفيذ هذا الالتزام تنفيذا عينيا بعد وقوع الاخلال به انما هو فى الحقيقة تعويض عينى لا تنفيذ عينى . ولكن التعويض العينى ، فيما نحن بصدده من قاعدة ، لا يختلف عن التنفيذ العينى .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وقد استثنى المشروع حالة واحدة من حكم قاعدة عدم جواز العدول الى طريق التعويض ما بقى التنفيذ العينى ممكنا ، مقتديا فى ذلك بالتقنين الالمانى . فأباح للمدين أن يعمد الى التعويض النقدى اذا كان يصيبه من وراء التنفيذ العينى ضرر فادح لا يتناسب مع ما يحيق بالدائن من جراء التخلف عن الوفاء عينا . وفى هذه الحالة لا يسوغ للدائن أن يطالب بالتنفيذ العينى ، بل يقتصر حقه على المطالبة بأداء التعويض الواجب له . وقد تقدمت الاشارة الى تطبيق هام من تطبيقات هذا الاستثناء ، يعرض عند اقامة المالك بناء خلافا لما يفرضه عليه التزام أو ارتفاق بعدم البناء ، وهو أمر كثير الوقوع فى مصر . فمن واجب القاضى فى هذا المقام أن يوازن بين مصالح ذوى الشأن وأن يتحامى تحميل المدين تضحيات جساما درءا لضرر طفيف » مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٠ — ص ٥١١) .

(٣) استئناف مختلط ٣ يونيه سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣١٣ — وقارب : نقض مدنى ٢٢ ابريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥١ ص ١٣٧ . وقد جاء فى مناقشات لجنة الشيوخ — انظر تاريخ نص المادة ٢٠٣ فى فقرة ٤٠٦ فى الهامش — أن الحكم « مأخوذ مما استقر عليه القضاء ، فانه بالرغم من عدم وجود هذا النص قد أخذ به وسار عليه ، وفى سبيل ذلك خرج على نصوص التشريع ، فالشرع لم يأت بجديد ، بل قنن ما سار عليه القضاء » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٢ — ص ٥١٣) .

وانظر أيضا نصين تشريعين قريبين لان يكونا تطبيقا لنفس المبدأ ، هما المادتان ٩٢٥و٩٢٨ فقد نصت المادة ٩٢٥على ما يأتى : « ١ — اذا كان من =

وكان التنفيذ العينى مرهقا للمدين ولا يلحق العدول عنه ضررا جسيما بالدائن .

٤١١ — **الشرط الرابع — اعذار المدين :** واعذار المدين واجب فى التنفيذ العينى اذا كان المقصود أن يكون هذا التنفيذ قهريا بطريق الاجبار (م ٢٠٣ فقرة أولى مدنى) . أما اذا كان التنفيذ العينى يتحقق بحكم القانون ، أو قام به المدين غير مجبر ، فظاهر أنه لا حاجة الى الاعذار فى هاتين الحالتين .

وأكثر ما يكون الاعذار فى المطالبة بالتعويض النقدى (١) . ولكنه يكون أيضا واجبا حتى لو كان المطلوب هو التنفيذ العينى (٢) . فاذا لم يقم الدائن باعذار المدين قبل مطالبته قضائيا بالتنفيذ العينى ، جاز للمدين ، حتى بعد المطالبة القضائية ، أن يتقدم للدائن بالتنفيذ العينى ، فيخسر الدائن فى هذه الحالة مصروفات التقاضى ، ولا يصح كذلك أن يطالب

= أقام المنشآت المشار اليها فى المادة السابقة يعتقد بحسن نية أن له الحق فى اقامتها ، فلا يكون لصاحب الارض أن يطلب الازالة ، وانما يخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغا يساوى ما زاد فى ثمن الارض بسبب هذه المنشآت ، هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها . ٢ — الا أنه اذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الجسامة يرهق صاحب الارض أن يؤدى ما هو مستحق عنها ، كان له أن يطلب تمليك الارض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل » . ونصت المادة ٩٢٨ على ما يأتى : « اذا كان مالك الارض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الارض الملاصقة ، جاز للمحكمة اذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب هذه الارض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء وذلك نظير تعويض عادل » .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يستحق التعويض الا بعد اعذار المدين ما لم ينص على غير ذلك (م ٢١٨ مدنى) . فاذا كان الثابت أن المشترية لم تعذر البائع بالوفاء عند حلول الاجل المحدد لتوريد القطن وكان العقد المبرم بين الطرفين قد خلا من النص على الاعفاء من الاعذار وهو اجراء واجب لاستحقاق التعويض المتفق عليه فيه ، فان المشترية لا تكون على حق فى المطالبة بهذا التعويض (نقض مدنى فى ٣ من مايو سنة ١٩٦٢ — مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ رقم ٨٧ ص ٥٨٣) .

(٢) أنظر فى ضرورة الاعذار فى عهد التقنين المدنى السابق : استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢١١ — ٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٢٣ — وانظر فى عدم ضرورة الاعذار فى ذلك العهد أيضا : استئناف =

الدائن المدين بتعويض عن تأخره فى تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا ، لأنه لم يعذره قبل المطالبة القضائية . على أن المطالبة القضائية ذاتها تعتبر اعذارا (١) ، فيجب على المدين أن يبادر الى تنفيذ التزامه بمجرد أن توجه له المطالبة القضائية ، والا كان مسئولا عن تأخره .

ولما كان الاعذار انما يكثر وقوعه عند المطالبة بالتعويض النقدى ، فنرجىء الكلام فى كيفيته وفى الآثار التى تترتب عليه الى المكان الذى نتكلم فيه عن التنفيذ بطريق التعويض .

= مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٠١ — ١٩ ديسمبر سنة ١٩١٧م ٣٠ ص ٩٧ — ١٢ ابريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٣٠ — ونرى من ذلك أن القضاء كان منقسما فى هذه المسألة فى عهد التقنين المدنى السابق ، أما التقنين المدنى الجديد فقد حسم الخلاف بنص صريح اذ أوجب الاعذار عند المطالبة بالتنفيذ العينى (م ٢٠٣ فقرة أولى) ، ومن ثم لا يلتفت الى ما جاء بالمذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى مناقضا لذلك ، فقد جاء فى هذه المذكرة ما يأتى : « لا ضرورة للاعذار اذا كان الدائن يطالب بالوفاء عينا لا بالوفاء بمقابل » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٠) .

وأنظر فى ضرورة الاعذار فى جميع الاحوال ، سواء كان الدائن يطالب بالتنفيذ العينى أو بالتعويض عن التأخير أو بالتعويض عن عدم التنفيذ : دى باج ٣ فقرة ٧٣ — فقرة ٧٤ — على اننا سنعود الى الاعذار عند المطالبة بالتعويض من عدم التنفيذ ، فان الرأى منقسم فى ضرورة الاعذار فى هذه الحالة .

قارن عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق فقرة ١٥ حيث يرى أن اشتراط الاعذار لاقتضاء التنفيذ العينى يبدو أمرا غير مفهوم فقد يتم التنفيذ العينى للالتزام بقوة القانون دون حاجة الى عمل من جانب المدين ، من ذلك مثلا أن الملكية تنتقل من البائع الى المشترى فور ابرام البيع اذا كان المبيع منقولا معينا بالذات ومملوكا للبائع . وبديهى الا محل فى هذه الحالة للاعذار . واذا تم التنفيذ العينى جبرا بواسطة القضاء ، فان رفع الدعوى بالمطالبة بالتنفيذ يعد فى ذاته من قبيل الاعذار . ومن ثم يبدو أن الاعذار غير لازم للمطالبة بالتنفيذ العينى .

(١) وقد قضت محكمة النقض بان الاعذار هو وضع المدين موضع المتأخر فى تنفيذ التزامه ، والاصل فى الاعذار ان يكون بانذار المدين على يد محضر بالوفاء بالالتزام (م ٢١٩ مدنى) ، ويقوم مقام الانذار كل ورقة رسمية يدعو فيها الدائن المدين الى الوفاء بالتزامه ويسجل عليه التأخير فى تنفيذه على ان تعلن هذه الورقة الى المدين بناء على طلب الدائن . (نقض مدنى فى ٢٨ من ابريل سنة ١٩٦٦ — مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ رقم ١٣١ ص ٩٥٥) .

الفصل الثانى

كيف يكون التنفيذ العينى

٤١٢ ــ مسألتان : نتكلم هنا فى مسألتين :

(أولا) موضوع التنفيذ العينى (المديونية) .

(ثانيا) وسائل التنفيذ العينى (المسئولية) .

الفرع الأول

موضوع التنفيذ العينى

٤١٣ ــ تقسيم الالتزام بالنسبة الى محله : موضوع التنفيذ العينى هو عين محل الالتزام . وقد رأينا أن الالتزام ينقسم ، بالنسبة الى محله ، الى أنواع ثلاثة :

(١) الالتزام بنقل ملكية أو حتى عينى آخر .

(٢) الالتزام بعمــــل .

(٣) الالتزام بالامتناع عن عمل .

المبحث الأول

الالتزام بنقل ملكية أو حق عينى آخر

Obligation de donner

٤١٤ ــ حالتان : يجب التمييز هنا بين حالتين :

(الحالة الأولى) أن يكون محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتــــزم .

(الحالة الثانية) أن يكون محل الالتزام شيئا لم يعين الا بنوعه .

المطلب الأول

محل الالتزام شيء معين بالذات بملكية الملتزم

٤١٥ — **النصوص القانونية** : تنص المادة ٢٠٤ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذت يملكه الملتزم ، وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل (١) » .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المواد ١٤٥/٩١ و ١٤٦/٩٢ و ١٧٥/١١٨ (٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٠٥ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢٤٧ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٠٧ ، ولا مقابل له فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (٣) ، ولا مقابل له فى التقنين المدنى الكويتى ولا فى

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٢٨٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢١٠ من المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٠٤ ((مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٤ — ص ٥١٦) .

(٢) وهذه هى نصوص التقنين المدنى السابق :

م ١٤٥/٩١ : التعهد باعطاء شيء ينقل ملكيته بمجرد وجود التعهد اذا كان الشيء معينا ومملوكا للمتعهد — م ١٤٦/٩٢ : التعهد باعطاء حق عينى على عقار أو منقول ينقل ذلك الحق بشرط عدم الاخلال بحق الامتياز والرهن العقارى والحبس — م ١٧٥/١١٨ : اذا كان الدين عينا معينة ، جاز للدائن أن يتحصل على وضع يده عليها متى كانت مملوكة للمدين وقت التعهد أو حدث ملكه لها بعده ولم يكن لأحد حق عينى فيها . (وأحكام التقنين المدنى الجديد لا تختلف عن هذه الاحكام) .

(٣) **التقنينات المدنية العربية الاخرى** : **التقنين المدنى السورى** م ٢٠٥ (مطابقة لنص المادة ٢٠٤ من التقنين المدني المصري) . =

التقنين المدنى الاردنى (١) •

٤١٦ — نقل الملكية يسبقه التزام بنقلها — التمييز بين المنقول والعقار : ويتبين من هذا النص أن الالتزام بنقل حق عينى (obligation de donner) سواء كان الحق العينى حق ملكية أو أى حق عينى آخر كحق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن — يتم تنفيذه من تلقاء نفسه ، فينتقل الحق العينى الى الدائن بحكم القانون (de plein droit) ، اذا كان الشيء الذى يقع عليه الالتزام شيئا معينا بالذات (corps certain) يملكه المدين •

ويلاحظ أن التقنين الجديد سار على النظرية التقليدية من أن نقل الملكية يسبقه التزام بنقلها ، وهذا الالتزام يتم تنفيذه من تلقاء نفسه فتنتقل الملكية الى الدائن بحكم القانون ، وينقضى الالتزام بنقل الملكية بمجرد نشوئه • وهذا الوضع بقية تخلفت عن تقاليد القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم ، حيث كانت الملكية لا تنتقل بالعقد (٢) •

= **التقنين المدنى العراقى** م ٢٤٧ (مطابقة لنص المادة ٢٠٤ من التقنين المدنى المصرى) •

التقنين المدنى الليبى م ٢٠٧ (مطابقة لنص المادة ٢٠٤ من التقنين والتقنين المدنى المصرى •

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : لا مقابل للنص — ولكن انظر فى عقد البيع المواد ٣٩٣ الى ٣٩٥ — ولا خلاف فى الاحكام ما بين هذا التقنين والتقنين المدنى المصرى •

(١) وجاء فى المذكرة الايضاحية للتقنين المدنى الاردنى انه لا يوجد فى الفقه الاسلامى التزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ، ذلك ان التصرف بنفسه هو الذى ينقل الملكية أو الحق العينى بوصفه حكما من احكام التصرف •

(٢) ويذهب بنكاز (Bonnecase) الى أنه لا يوجد اليوم ما يمنع من القول بأن العقد ذاته ينقل الملكية دون افتراض التزام موهوم يسبق نقل الملكية ، وينقضى بمجرد أن ينشأ . ويكفى للوصول الى هذه النتيجة القول بأن العقد حرك القانون فجعله ينقل الملكية ، وبذلك يكون القانون لا العقد هو الذى رتب الاثر (أنظر : التصرف القانونى والواقعة القانونية دروس لقسم الدكتوراه للمؤلف ص ٧٧) • على أنه فى بلد تتبع نظام السجل العقارى (Livre Foncier) يبرز التمييز بين الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية بالفعل : فالعقد لا ينقل الملكية بنفسه بل يقتصر على انشاء التزام بنقلها ، أما نقل الملكية بالفعل فلا يتم =

ويجب فى هذا الصدد التمييز بين المنقول والعقار •

٤١٧ — الشيء الذي يقع عليه الالتزام منقول : فاذا كان الشيء الذى يقع عليه الالتزام منقولا وكان عينا معينة مملوكة للمدين ، كسيارة معينة بالذات أو مجوهرات تم اختيارها بأعيانها ، فان الالتزام بنقل حق عينى على هذا المنقول يتم تنفيذه بمجرد نشوئه (١) • فاذا باع شخص سيارة معينة بالذات من آخر أو رهنها رهنا حيازيا لضمان دين فى ذمته ، كان ملتزما بنقل ملكية السيارة الى المشترى أو بترتيب حق رهن حيازى عليها لمصلحة الدائن المرتهن ، ومتى نشأ هذا الالتزام فى ذمة المدين تم تنفيذه بمجرد نشوئه ، فتنتقل ملكية السيارة فعلا الى المشترى أو يترتب حق الرهن فعلا لمصلحة الدائن المرتهن ، وذلك دون حاجة الى أى اجراء آخر من تسليم أو نحوه •

فلو أن صاحب السيارة باعها من (أ) ، ثم باعها مرة أخرى من (ب) ، ولم يسلمها لأى منهما ، انتقلت الملكية الى (أ) المشترى الأول دون (ب) المشترى الثانى • فاذا سلمها الى (أ) ، فانه يكون قد سلمها الى مالكها • أما اذا سلمها الى (ب) ، فان هذا يصبح مالكا للسيارة بشرط أن يكون حسن النية ، ولكنه لا يملكها بسبب البيع بل بسبب آخر هو الحيازة • وليس يمنع هذا من أن تكون ملكية السيارة

= الا بتسجيل العقد فى السجل العقارى • وفى فترة الانتقال التى تجتازها مصر اليوم الى نظام السجل العقارى يبرز أيضا هذا الفرق بفى الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية بالفعل ، فالعقد ينشىء التزاما بنقل الملكية ، ولا تنتقل الملكية الا بالستجيل •

(١) وقد قضت محكمة النقض بانه اذا كان البائع قد باع كل القطن الذى فى مخزنه والناتج من زراعاته المعينة فى العقد وقد عاينه المشترى فى المخزن المودع به كان التكييف الصحيح لهذا البيع انه بيع جزاف لا بيع شيء معين بنوعه ومتى كان المبيع جزافا فان الملكية فيه تنتقل الى المشترى بمجرد تمام العقد (نقض مدنى فى ٢٨ من مارس سنة ١٩٦٨ — مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ رقم ٩٤ ص ٦٢٢) •

قد انتقلت أولا الى (أ) بحكم البيع ، ثم انتقلت بعد ذلك الى (ب) بحكم الحيازة . يدل على ذلك أن (ب) يتلقى الملكية فى هذه الحالة لا من صاحب السيارة الأصلى الذى تجرد عن الملكية بالبيع الأول ، كما قدمنا ، بل من (أ) المشترى الأول الذى انتقلت اليه الملكية دون أن يتسلم السيارة (١) .

٤١٨ — الشيء الذى يقع عليه الالتزام عقار : أما اذا كان الشيء الذى يقع عليه الالتزام عقارا معينا بالذات ومملوكا للمدين ، كدار أو أرض محددة ، فان الالتزام بنقل حق عينى على هذا العقار لا يتم تنفيذه بمجرد نشوئه ، بل يجب مراعاة قواعد التسجيل بالنسبة الى الحقوق العينية الأصلية كالملكية والارتفاق والانتفاع(٢) ، وقواعد القيد

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « يتفرع على وجوب التنفيذ العينى وجوبا نافيا للتخيير أن الالتزام بنقل حق عينى يترتب عليه انتقال هذا الحق بحكم القانون ، متى كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات . ومؤدى هذا أن الالتزام بنقل حق عينى ينفذ بمجرد نشوئه ، وأن القانون نفسه هو الذى يتكفل له بترتيب هذا الاثر . ويجرى هذا الحكم فيما يتعلق بالمنقولات ، دون أن يرد على اطلاقه اى تحفظ أو قيد . فاذا صدر التصرف فى منقول معين بالذات من مالكه ، انتقل حق المالك فيه الى المتصرف فور الوقت ، بل ولا تحول دون ذلك قاعدة (انزال الحيازة فى المنقول منزلة السندالمثبت للملكية) بالنسبة لاول خلف يدلى اليه المالك بحقه . وقد يقع أن يدخل المنقول فى يد خلف ثان حسن النية ، تنتقل اليه الحيازة على اثر تصرف ثان يصدر من المالك نفسه بعد أن زالت عنه الملكية بمقتضى التصرف الاول . وقد تخلص الملكية لهذا الخلف الثانى ، ولكن الملكية لا تؤول اليه بمقتضى التزام بنقل حق عينى ، بل بطريق آخر من طرق كسب الحقوق العينية هو طريق الحيازة . ومن الجائز أن يقال ان ملكية المنقول قد انتقلت أولا الى الخلف الاول بمقتضى التزام المالك بنقل حق عينى ، ثم آلت منه الى الخلف الثانى من طريق الحيازة » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٤ — ص ٥١٥) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بانه من المقرر فى ظل القانون المدنى القديم وقبل صدور قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ أن الملكية فى العقار تنتقل الى المشترى بمجرد التعاقد دون حاجة الى التسجيل : نقض مدنى فى ٢٨ يونيه سنة ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ رقم ٣٠٥ ص ١٥٧٨ .

بالنسبة الى الحقوق العينية التبعية كالرهن الرسمى والاختصاص ورهن الحيازة . على أن عدم التسجيل لا يمنع من نشوء الالتزام بنقل الملكية أو الحق العينى ، لأن هذا الالتزام انما ينشأ من العقد ، والتسجيل انما ينفذ الالتزام لا ينشئه (١) .

فاذا باع صاحب الدار داره من آخر ، لم تنتقل ملكية هذه الدار الى المشترى ، سواء كان ذلك بالنسبة الى الغير أو فيما بين المتعاقدين ، الا بتسجيل عقد البيع . واذا رهنها فى دين عليه ، لم ينشأ حق الرهن لمصلحة الدائن ، بالنسبة الى الغير ، الا بقيد الرهن . وقبل تسجيل البيع يبقى الالتزام بنقل الملكية دينا فى ذمة البائع ، يتراخى تنفيذه الى وقت التسجيل . ويكون البائع فى الوقت ذاته ملتزما بأن يقوم بالأعمال اللازمة لتسجيل البيع ، وأخصها التصديق على الامضاء ، فاذا لم يقم بهذا الالتزام استطاع المشترى أن يحصل على حكم من القاضى بثبوت البيع أو بصحته ، وقام الحكم مقام العقد المصدق عليه ،
القاضى بثبوت البيع أو بصحته ، وقام الحكم مقام العقد المصدق عليه ،
فاذا سجله المشترى انتقلت اليه الملكية (أنظر م ٢١٠ مدنى) (٢) ،

---

(١) نقض مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٣ ص ١٤٣ — ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨٣ ص ١٥٤ — ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣ — ٤ يونيه سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٤ ص ١١٥٠ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بان دعوى صحة ونفاذ عقد البيع هى دعوى استحقاق ما لا للقدر المبيع ، يقصد بها تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل ملكية المبيع الى المشترى تنفيذا عينيا والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية (نقض مدنى فى ٣١ يناير سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ رقم ٤٢ ص ٢٨١) .

كما قضت بان المقصود بدعوى صحة ونفاذ البيع هو تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل الملكية الى المشترى تنفيذا عينيا والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية ولهذا فان المشترى لا يجاب الى طلبه الا اذا كان انتقال الملكية اليه وتسجيل الحكم الذى يصدر فى الدعوى ممكنين ، واذ كان الغرض من دعوى صحة التعاقد هو اجبار البائع على تنفيذ التزاماته التى من شأنها نقل الملكية الى المشترى تنفيذا عينيا ، فان للبائع أن يدفع هذه الدعوى باستحالة تنفيذ هذه الالتزامات بسبب انتقال الملكية الى مشتر ثان . (نقض مدنى فى ٥ من يونيه سنة ١٩٦٩ — مجموعة أحكام النقض =

أما الالتزام بانشاء رهن على العقار فلا يخضع للتسجيل • ومتى تم عقد الرهن ، ونشأ بموجبه التزام الراهن بترتيب حق الرهن على العقار ، فان هذا الالتزام يتم تنفيذه بمجرد نشوئه وفقا للقاعدة العامة ، ولكن ذلك يقتصر على العلاقة فيما بين الراهن والمرتهن ، ويكون القيد ضروريا فى سريان الرهن فى حق الغير (١) •

= السنة ٢٠ رقم ١٤٥ ص ٨٨٦) — وقضت أيضا بأن الملكية العقارية لا تنتقل الى المشترى الا بتسجيل عقد البيع ، كما أن الاصل أن التسجيل لا تترتب عليه اثره الا من تاريخ تسجيل العقد أو الحكم الذى من شأنه انشاء حق الملكية أو أى حق عينى آخر على عقار ونقله وان هذا الاثر لا ينسحب الى الماضى ، ولا يحتج على ذلك بأن القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالشهر العقارى اجاز بالمادتين ١٥ ، ١٧ منه تسجيل صحف دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية ورتب على التأشير بمنطوق الحكم الصادر فيها على هامش تسجيل صحائفها انسحاب اثر هذا التأشير الى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى ، لأن تقرير هذا الامر ورد على سبيل الاستثناء حماية لأصحاب تلك الدعاوى قبل من ترتبت لهم حقوق على ذات العقار المبيع بعد تسجيل صحيفة الدعوى ، وهذا استثناء لا يصح التوسع فيه أو القياس عليه : نقض مدنى فى ٢٧ يونيه سنة ١٩٧٨ مجموعة احكام النقض السنة ٢٩ رقم ٣٠٣ ص ١٥٧٠ •

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الامتياز المقرر بمقتضى القانون لثمن العقار المبيع يجب ان يشهر بطريق القيد وذلك حتى يسرى فى مواجهة الغير ، وانه وان كان يترتب على عدم شهر حق الامتياز عدم سريانه فى مواجهة الغير ، الا ان ذمة المشترى تظل مشغولة بمقدار ما عليه من دين ويحق لبائع العقار ان ينفذ به على أموال المشترى الاخرى استيفاء لحقه • (نقض مدنى فى ٣ من يونيه سنة ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ رقم ١٣٣ ص ٨٤٥) •

يذهب الاستاذ شفيق شحاته فى كتابه « النظرية العامة للتأمين العينى سنة ١٩٥٢ ص ٤١ — ص ٤٣ » الى : « أن التأمين العينى باعتباره كذلك ليس مصدره العقد ولا امر القاضى ، ولا يكون مصدره المباشر نص القانون الا فى بعض الأحوال الخاصة. أما المصدر الحقيقى للرهن الرسمى فهو واقعة القيد ، وكذلك الامر بالنسبة الى حق الاختصاص والرهن الحيازى العقارى وحقوق الامتياز العقارية الخاصة • والمصدر المباشر لرهن المنقول هو واقعة التسليم ••• أما العقد فلا يمكن أن يتولد عنه التأمين العينى بما يستوجبه من حق التقدم وحق التتبع ، ذلك أن العقد يقتصر اثره فى الاصل على المتعاقدين ولا يتعداهما ، فى حين أن التأمين العينى يظهر اثره ابتداء فى حق الغير .ولذلك فهو لا ينشأ الا عن تلك الواقعة القانونية التى جعلها القانون =

على أن الحق العقارى — ملكية كان أو حقا آخر — الذى ينتقل للدائن يكون خاضعا للحقوق العينية العقارية الأخرى التى تكون قد

= مصدرا للتامين العينى . وليس صحيحا ما يقال من ان عقد الرهن ينشىء حق الرهن فيما بين المتعاقدين وان القيد يجعل هذا الحق نافذا على الغير . فالواقع أن الرهن لا وجود له فيما بين المتعاقدين ولا ينشأ عن عقد الرهن . وهو اذا نشأ كان حتما نافذا فى حق الغير ، والا لما كانت هناك فائدة فى وجوده . ولذلك نقول ان الرهن مصدره القيد أو التسليم بحسب الاحوال ، لا العقد أو الامر . على أن العقد او الامر أو نص القانون يعتبر السبب القانونى للقيد أو للتسليم ، ولايكون القيد أو التسليم منتجا لاثره الا أن كان مستندا الى عقد صحيح أو أمر صادر من القاضى أو نص وارد فى القانون .
ونلاحظ على هذا القول ما يأتى :

(أولا) يذهب الاستاذ شفيق شحاته الى أن الرهن كحق عينى — لا كعقد — لا يمكن أن يكون له اثر الا فى حق الغير . وعندنا أن حق الرهن بهذا الوصف ينتج آثارا فيما بين المتعاقدين الراهن والمرتهن ، تتلخص فيما نصت عليه المادة ١٠٤٧ من التقنين المدنى من انه « يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن . وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه انقاص ضمانه انقاصا كبيرا ، وله فى حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية وأن يرجع على الراهن بما ينفق فى ذلك » . هذا الى ما يقيد حق الرهن من سلطة الراهن فى ايجار العين المرهونة وفى قبض أجرتها مقدما (م ١٠٤٥ — ١٠٤٦ مدنى) . وكذلك الامر فى رهن الحيازة ، فان الراهن يضمن سلامة الرهن ونفاذه ، وليس له أن يأتى عملا ينقص من قيمة الشىء المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد ، وللدائن المرتهن فى حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التى تلزم للمحافظة على الشىء المرهون (م ١١٠١ مدنى) . بل ان اثر رهن الحيازة — كحق لا كعقد — بالنسبة الى الدائن المرتهن اوسع مدى ، اذ تنص المادة ١١٠٣ من التقنين المدنى على انه « اذا تسلم الدائن المرتهن الشىء المرهون ، فعليه أن يبذل فى حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، وهو مسئول عن هلاك الشىء او تلفه ما لم يثبت ان ذلك يرجع لسبب أجنبى لا يدله فيه » . وليس هذا الالتزام الا حلقة فى سلسلة من الالتزامات يفرضها القانون على الدائن المرتهن فى استثمار الشىء المرهون وفى ادارته وفى رده بعد استيفاء الحق المضمون بالرهن (أنظر المواد ١١٠٤ — ١١٠٧ من التقنين المدنى) . ولا يجوز القول ان هذه الآثار فيما بين المتعاقدين انما تترتب على الرهن كعقد لا كحق ، فان نصوص التقنين المدنى صريحة فى أن للرهن آثارا يرتبها تارة فيما بين المتعاقدين وأخرى بالنسبة الى الغير ، ولفظ « الرهن » مستعمل بمعنى الحق لا بمعنى العقد فى الحالتين .

(ثانيا) وما دام أن حق الرهن ينتج آثارا فمابين المتعاقدين ، وذلك قبل القيد ، فهذا معناه أن حق الرهن قد نشأ قبل اجراء القيد . فلا يمكن أن =

حفظت من قبل بالتسجيل أو بالقيد . فالمشترى للعقار تنتقل اليه ملكيته بتسجيل عقد البيع ، ولكنها تنتقل مثقلة بحق رهن قيد أو حق ارتفاق سجل قبل تسجيل عقد البيع (١) . والكلام فى أحكام التسجيل والقيد له مكان آخر .

= يكون القيدهو مصدره ، بل يتعينأن يكون هذا المصدر هو العقد . ولذا كان الاجماع قد انعقد على أن سبب الملكية انما هو العقد لا التسجيل ، فأولى ان يقال أن الرهنينشأ عن العقد لا عنالقيد، اذ الرهن يوجد فيما بين المتعاقدين قبل القيد كما قدمنا أما الملكية فلا تنتقل فيما بين المتعاقدين الا بالتسجيل .

(ثالثا) أما القول بأن القيد وحده هو الذى ينشىء حق الرهن ،فيستتبع حتما القول بأن التسجيل وحده هو الذى ينقل الملكية . ومن الواضح أن نظام الشهر فى مصر — ولم يتم حتى اليوم ادخال السجل العقارى فى هذا النظام — لا يسمح بهذا القول . فالملكية عندنا ، الى أن يدخل نظام السجل العقارى ، تنتقل بالعقد المسجل لا بالتسجيل فى ذاته .

(أنظر فى ذلك : التصرف القانونى والواقعة القانونية ، دروس فى قسم الدكتوراه للمؤلف ص ٢٧ — ص ١٢٩) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « أما العقارات فتحول قواعد التسجيل دون تنفيذ الالتزام بنقل الحق العينى فيها فور الوقت ، ويشفع الالتزام بنقل الحق العينى فى هذه الحالة بالتزام بعمل ، قوامه وجوب اشتراك مالك العقار فى تيسير اجراء التسجيل ولا سيما من طريق التصديق على امضائه . وعلى هذا النحو يظل تنفيذ الالتزام بنقل الحق العينى على التراخى فترة من الزمن ، وهذه هى علة التفريق فى هذا المقام بين مجرد الالتزام بنقل الملكية وبين انتقالها فعلا » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٥) — انظر أيضا المذكرة الايضاحية فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٦ .

« ويتفرع على ما تقدم — كما تقول المذكرة الايضاحية — أن للدائن أن يتسلم الشىء المعين بذاته الذى التزم المدين أن يدلى به اليه ، منقولا كان أو عقارا ، بتوافر شرطين : أولهما أن يكون هذا الشىء مملوكا للمدين وقت انشاء الالتزام ، أو أن تكون ملكيتهقد آلت اليه بعد ذلك .والثانى الا يكون قد ترتب على المعقود عليه حق عينى لاحد من الاغيار ، كخلف ثان يحوز منقولا بحسن نية أو مشتر آخر آل اليه عقار بمقتضى عقد سبق تسجيله . وقد نص على هذا الحكم فى المادة ١١٨/١٧٥ من التقنين الحالى (السابق) . ولم ير المشروع محلا للتنويه به ، باعتبار أنه يستخلص من دلالة ما تقدم من القواعد العامة » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٥) .

المطلب الثانى

محل الالتزام شىء لم يعين الا بنوعــه

٤١٩ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٠٥ من التقنين المدنى على مـــا يأتى :

١ — « اذا ورد الالتزام بنقــل حــق عينى على شىء لم يعــين الا بنوعه ، فلا ينتقل الحق الا بافراز هذا الشىء » .

٢ — « فاذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يحصل على شىء من النوع ذاته على نفقة المدين ، بعد استئذان القاضى أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال ، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشىء ، من غير اخلال فى الحالتين بحقه فى التعويض (١) » .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخــرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٠٦ ، وفى التقنين المدنى العراقى المــادة ٢٤٨ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٠٨ ، وفى تقنين الموجبــات والعقــود اللبنانى المادة ٢٥٠ فقرة أولى وفقرة ثانية ، وفى التقنين المدنى الكويتى

---

(١) **تاريخ النص :** ورد هذا النص فى المادة ٢٨١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجــديد . ووافقت عليه لجنــة المراجعة تحت رقم المادة ٢١١ من المشروع النهــائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٠٥ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٧ — ص ٥١٨) .

المادة ٢٨٥ (١) ، ولا مقابل له فى التقنين المدنى الأردنى (٢) •

٤٢٠ — الفـرق بين الشىء المعين بالذات والشىء الذى لم يعـين الا بنوعـه : ويتبين من هـذا النص أن الالتزام بنقل حـق عينى على شىء غير معين بالذات لا يتم تنفيذه من تلقاء نفسه ، ولا ينتقل الحـق العينى الى الدائن بحكم القانون على خلاف ما رأينا فى الشىء المعـين بالذات • والسبب واضح: ذلك أن الشىء قبل تعيينه غير معروف ، فهناك اذن استحالة طبيعية فى أن تنتقل ملكيته أو أى حق عينى آخـر يتعلق به الى الدائن قبل هذا التعيين •

٤٢١ — الشىء غير المعين نقود : فاذا كان الشىء الذى لم يعـين

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الاخرى : التقنين المدنى السورى** م ٢٠٦ (مطابقة لنص المادة ٢٠٥ من التقنين المدنى المصرى) •

التقنين المدنى العراقى : م ٢٤٨ (مطابقة لنص المادة ٢٠٥ من التقنين المدنى المصرى) •

التقنين المدنى الليبى م ٢٠٨ (مطابقـة لنص المـادة ٢٠٥ من التقنين المدنى المصرى) •

تقنين الموجبات والعقود اللبنـانى م ٢٥٠ : ولا ترعى هذه القاعدة (الوفاء عينا) فى موجبات الاداء فقط ، بل فى موجبـات الفعل وموجبـات الامتناع أيضا • ويحق للدائن أن يطلب من المحكمة الترخيص له فى أن ينفذ بنفسه موجب الفعل على حسـاب المديون • (والحكم لا يختلف فى للتقنين اللبنانى عنه فى التقنين المصرى) •

التقنين المدنى الكـويتى م ٢٨٥ : اذا كان محل الالتزام نقل حق عينى على شىء معين بنوعه ، ولم يقم المدين بافراز شىء من النوع ذاته مملوك له، جاز للدائن ان يحصل على شىء من هذا النوع على نفقة المدين بعـد اذن القاضى أو دون اذنه فى حالة الاستعجال ، كما يجوز له أن يطالب بقيمـة الشىء ، دون اخلال فى الحالتين بحقه فى التعويض ان كان له مقتض •

(٢) وجاء فى المذكرة الايضاحية للتقنين المدنى الاردنى أن الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر لا وجود له فى الفقه الاسلامى ذلك ان التصرف بنفسه هو الذى ينقل الملكية او الحق العيني بوصفه من احكام التصرف ، ولذلك يكتفى فى هذا الصدد بما نصت عليه المادة ١٩٩ من ذلك القانون من انه يثبت حكم العقد فى المعقود عليه وبدله بمجرد انعقاده دون توقف على القبض أو أى شىء آخر ما لم ينص القانون على غير ذلك • ٢ — أما حقوق العقد فيجب على كل من الطرفين الوفاء بما أوجبه العقد عليه منها •

الا بنوعه نقودا ، فقد رأينا عند الكلام فى محل العقد أن المدين يلتزم بقدر عددها المذكور فى العقد (١) ، دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر (م ١٣٤ مدنى) . ورأينا أن أن السعر الاجبارى (cours forcé) للورق النقدى ، مهما انخفض هذا السعر من جراء التضخم ، لا يغير شيئا فى حكم هذه القاعدة ، وان الاتفاق على الدفع بسعر الذهب (clause or) باطل لمخالفته للنظام العام ، سواء كان ذلك فى التعامل الداخلى أو فى التعامل الدولى (٢) .

فاذا كان على المدين أن يدفع للدائن قدرا معينا من النقود ، وجب أن يدفع له هذا القدر العددى دون زيادة أو نقص ، ولا تنتقل ملكيته من المدين الى الدائن الا عند القبض . والسبب فى ذلك أن من خصائص النقود أن أى مقدار منها لا يتعين الا بقبضه ، ولا يكفى فيه الافراز . فلو أن المدين أفرز من ماله خمسين جنيها هو القدر الواجب دفعه للدائن ، لم تنتقل ملكية هذا المقدار الى الدائن بمجرد الافراز ، بل تبقى النقود على ملك المدين ، وله أن يعدل عن دفع ما أفرزه وأن يفرز مقدارا آخر بدلا منه ، ولا تنتقل ملكية النقود الى الدائن الا عند قبضها .

والتنفيذ العينى بدين من النقود ممكن دائما ، طوعا أو جبرا ، ويكون جبرا بطريق التنفيذ على مال المدين وبيعه واستقضاء الدين نقدا من الثمن .

٤٢٢ — الشىء غير المعين ليس نقودا : أما اذا كان الشىء الذى لم يعين الا بنوعه ليس نقودا ، فان انتقال ملكية هذا الشىء ، أو أى حق عينى آخر يتعلق به الى الدائن يكون بالافراز ولو قبل التسليم .

---

(١) أو المقدر فى الحكم فى حالة التعويض عن المسئولية التقصيرية أو الاثراء بلا سبب أو الالتزامات القانونية .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٤ — فقرة ٢٢٦ وفى نفس المعنى . محمد على عمران عقد البيع فى القانون المدنى المصرى فقرة ٥٣ — قارن : نقض مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣١ ص ٢٤٤ .

فلو أن شخصا باع من آخر مائة قنطار من القطن أو خمسين اردبا من القمح ، لم تنتقل الملكية الى المشترى بمجرد البيع ، لأن القطن أو القمح لم يتعين ، فلا يتصور انتقال الملكية • فاذا ما تم التعيين ، ويكون ذلك بافراز كمية من القطن أو القمح معادلة للمقدار المحدد بقصد تسليمها للمشترى ، أصبح المبيع شيئا معينا بالذات ، وانتقلت ملكيته الى المشترى بهذا الافراز دون حاجة فى هذا الى التسليم • ويترتب على ذلك أن البائع لو أفرز المقدار المبيع بقصد تسليمه الى المشترى ، ووضعه فى مكان معين — شونة أو مخزن — ثم دعا المشترى لتسلمه بطريق الاعذار ، فتخلف هذا بغير عذر ، ثم احترقت الشونة أو المخزن بغير خطأ من البائع ، هلك المبيع على المشترى لأنه ملكه وانتقلت فى الوقت ذاته تبعة الهلاك اليه بالرغم من أنه لم يكن قد تسلمه (١) •

على أن المألوف فى التعامل هو أن يكون افراز الشىء عند تسليمه الى المشترى ، فيتم الافراز والتسليم فى وقت واحد • ومن ثم يقال فى بعض الأحيان ان الملكية تنتقل بالتسليم على اعتبار أن الافراز لم يتم الا عند التسليم ، لا على اعتبار أن التسليم هو الذى ينقل الملكية •

---

(١) بيد أن المشرع المصرى — خلافا لما ذهب اليه المشرع الفرنسى — لم يربط بين تبعة الهلاك وانتقال الملكية ، بل ربط بين تبعة الهلاك والتسليم • فالالتزام بالتسليم يعتبر من الالتزامات الرئيسية التى تقع على عاتق البائع ، شأنه فى ذلك شأن التزام البائع بنقل الملكية الى المشترى • فاذا أعذر البائع المشترى لتسلم المبيع ، ولم يقم هذا الاخير بتسليمه ، فعليه منع بقية هلاك المبيع فى الفترة ما بين الاقرار — اذا كان المبيع معينا بالنوع — والتسليم • فكما يتم التسليم بحيازة المشترى للمبيع حيازة فعلية ، فانه يتم أيضا متى وضع البائع المبيع تحت تصرف المشترى مع اعلانه بذلك ، غاية ما فى الامر انه لا يكفى لنقل تبعة الهلاك الى المشترى مجرد اخطاره شفاهة أو بخطاب موصى عليه بوضع المبيع تحت تصرفه ، بل يجب على البائع اعذار المشترى لتسلم المبيع • راجع اسماعيل غانم فى النظرية العامة للالتزام الجزء الاول مصادر الالتزام طبعة ١٩٦٨ فقرة ١٧١ — محمد على عمران • المرجع السابق فقرة ١٠٥ •

ويلاحظ من جهة أخرى أن الشيء الذى لم يعين الا بنوعه اذا كان عقارا — كما اذا باعت احدى شركات أراضى البناء كذا مترا من الأرض دون تعيين — فان ملكية الأرض المبيعة لا تنتقل الى المشترى بالتعيين ، بل ولا بالتسليم ، وانما تنتقل بالتسجيل الذى لا يتم طبعا الا بعد التعيين ، ويصبح المشترى مالكا للأرض المبيعة بتسجيل عقد البيع ولو قبل التسليم .

٤٢٣ — كيف يكون التنفيذ اذا امتنع المدين عن الافراز : واذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه من افراز الشيء على النحو المتقدم وتسليمه للدائن ، جاز لهذا أن يطالب بالتنفيذ عينا أو تعويضا .

والتنفيذ العينى يكون بحصول الدائن على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين . ويقوم الدائن نفسه بشرائه ، ويرجع بالثمن والمصروفات على المدين ، بل ويرجع أيضا بالتعويض عما قد يكون أصابه من خسارة بسبب تأخر المدين فى تنفيذ التزامه . والأصل أن الدائن يستأذن القاضى فى ذلك ، ويكون الاستئذان عن طريق الدعوى والحصول على حكم بشراء الشيء والرجوع على المدين بما تقدم بيانه . فاذا كانت الظروف لا تحتمل الابطاء ، وكان الانتظار طول الوقت الذى يستغرقه استصدار الحكم يحدث ضررا بليغا بالدائن ، كان له دون حكم — ويحسن أن يكون ذلك بعد اعذار المدين — أن يقوم بالشراء ، ثم يرجع بالثمن والمصروفات والتعويض على المدين عن طريق الدعوى ، وهنا يتمكن القاضى من بسط رقابته على تصرف الدائن ، والتثبت من أن الظروف كانت تبرر هذا التصرف الاستثنائى فيحكم له بما طلب ، أو أنه كان متسرعا فيخفض المبلغ المطلوب بمقدار ما عاد على المدين من الخسارة بسبب هذا التسرع (١) .

---

(١) أنظر قريبا من هذا المعنى ديموج ٦ فقرة ٩٠ وقد قضت محكمة النقض بانه ليس للدائن القيام بالتنفيذ العينى على نفقة المدين بغير ترخيص =

أما التنفيذ بطريق التعويض فيكون بمطالبة المدين بقيمة الشيء نقدا مع التعويض عن التأخر في التنفيذ . وتجرى هذه المطالبة وفقا للقواعد العامة التي سيأتي ذكرها عند الكلام في التنفيذ بطريق التعويض (١) .

المبحث الثاني

الالتزام بعمل

(obligation de résultat)

٤٢٤ — أقسام الالتزام بعمل : رأينا أن الالتزام العقدى ينقسم الى التزام بتحقيق غاية (obligation de résultat) والتزام ببذل عناية (obligation de moyen) . ويمكن القول ان كل التزام — عقديا كان أو غير عقدى — يكون اما التزاما بغاية أو التزاما

= من القضاء وما اجازته المادة ٢٠٩ من القانون المدنى للدائن فى حالة الاستعجال من القيام بهذا التنفيذ على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء ان هى الا رخصة منحها المشرع للدائن ملحوظا فيها مصلحته ولا يمكن مؤخذته على عدم استعمالها . (نقض مدنى فى ١١ من نوفمبر سنة ١٩٦٥ — مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ رقم ١٥٩ ص ١٠١٨) .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد التنفيذ عينا الا بفرز المعقود عليه . وللدائن أن يطالب بالتنفيذ على هذا الوجه ولو امتنع المدين عن ذلك ، ويكون من واجب الدائن أن يعذر المدين فى هذه الحالة ليثبت عليه امتناعه ، ثم يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين ، بعد استئذان القاضى أو دون استئذانه عند الاستعجال . وللدائن كذلك أن يتخذ من الامتناع عن التنفيذ عينا ذريعة للمطالبة بتعويض نقدى يعادل قيمة الشيء . ولا يكون أساس هذه المطالبة استحالة التنفيذ ، وانما يكون أساسها استيفاء الدائن للتعويض دون ممانعة من المدين ، ذلك أن من حق المدين أن يؤدى عين المعقود عليه لا قيمته . وللدائن فى كلتا الحالتين ، حالة الوفاء عينا وحالة الوفاء بمقابل ، أن يقتضى فوق ذلك ما يجب له من تعويض عن التأخر فى التنفيذ» (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٧) . وانظر أيضا المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٦ .

بعناية (١) • فالالتزام بنقل حق عينى هو دائما التزام بغاية ، وكذلك هو شأن الالتزام بالامتناع عن عمل (٢) • أما الالتزام بعمل فيكون فى بعض صوره التزاما بعناية ، ويكون فى صور أخرى التزاما بغاية • فاذا كان التزاما بغاية • فهو لا يعدو أن يكون التزاما بتسليم شىء أو التزاما بانجاز عمل معين •

ومن ثم ينقسم الالتزام بعمل أقساما ثلاثة : ١ — التزاما ببذل عناية • ٢ — التزاما بتسليم شىء • — ٣ — التزاما بانجاز عمل معين •

ونستعرض كلا من هذه الاقسام •

المطلب الأول

الالتزام ببذل عناية

٤٢٥ — **النصوص القانونية** : تنص المادة ٢١١ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — فى الالتزام بعمل ، اذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشىء ، أو أن يقوم بادارته ، أو أن يتوخى الحيطة فى تنفيذ التزامه فأن المدين يكون قد وفى بالالتزام اذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ، ولو لم يتحقق الغرض المقصود • هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك » •

---

(١) الوسيط جزء أول ص ٦٥٩ هامش رقم ١ •

(٢) ولا يقال ان الالتزام بعدم الاضرار بالغير التزام بالامتناع عن عمل وهو فى الوقت ذاته التزام ببذل عناية وليس التزاما بتحقيق غاية ، فالصحيح أن هذا الالتزام ليس التزاما بالامتناع عن الاضرار بالغير ، بل هو التزام باتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الاضرار بالغير ، فهو التزام بعمل ، وليس التزاما بالامتناع عن عمل ، ومن ثم صح أن يكون التزاما ببذل عناية •

« ٢ — وفى كل حال يبقى المدين مسئولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم (١) » .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربيـة الاخرى ، فى التقنين المدنى السورى المادة ٢١٢ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢٥١ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢١٤ ، وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٢٩٠ ، وفى التقنين المدنى الاردنى المادة ٣٥٨ (٢) . ولا مقابل له فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (٣) .

وتنص المادة ٢٠٦ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« الالتزام بنقل حق عينى يتضمن الالتزام بتسليم الشىء والمحافظة

---

(١) **تاريخ النص** : سبق أن استعرضنا تاريخ هذا النص (انظر الوسيط الجزء الاول (الطبعة الثالثة) ص ٨٩٥ هامش رقم ٢) .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** : **التقنين المدنى السورى** م ٢١٢ (مطابقة لنص المادة ٢١١ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٢٥١ (تتفق فى الحكم مع المـادة ٢١١ من التقنين المدنى المصرى ، وان اختلفت اختلافا طفيفا فى الصيغة) .

التقنين المدنى الليبى م ٢١٤ (مطابقة لنص المادة ٢١١ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الكويتى م ٢٩٠ (مطابقة لنص المادة ٢١١ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الاردنى م ٣٥٨ (مطابقة لنص المادة ٢١١ من التقنين المدنى المصرى ، وان اختلفت اختلافا طفيفا فى الصيغة) .

(٣) اذا كان لا يوجد مقابل لهذا النص فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ، فلسنا نرى مانعا ، والتقنين اللبنانى يستقى مبادئه العامة من نفس المصادر التى يستقى منها التقنين المصرى ، من سريان هذا الحكم كمبدأ عام من مبادىء التقنين اللبنانى (انظر فى تطبيقات خاصة لهذا المبدأ : م ٥٦٨ لبنانى فى عقد الايجار — م ٦٩٦ فى عقد الوديعة — م ٧٢٢ فى الحراسة — م ٧٤٦ — ٧٤٨ فى عقد العارية — م ٧٨٥ — ٧٨٦ فى عقد الوكالة) .

عليه حتى التسلم (١) » .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الاخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٠٧ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٠٩ ، وفى التقنين المدنى الكريتى المادة ٢٨٦ (٢) . ولا مقابل له فى كل من التقنين المدنى العراقى وتقنين الموجبات والعقود اللبنانى والتقنين المدنى الاردنى (٣) .

٤٢٦ — الالتزام ببذل عناية يتعلق بشىء أو بعمل: وقد أوردت المادة ٢١١ مدنى ضروب الالتزام ببذل عناية . فهذا الالتزام اما أن يكون متعلقا بشىء أو متعلقا بعمل .

فاذا كان متعلقا بشىء ، فهو اما أن يكون : ١ — المحافظة على هذا الشىء ، كالتزام المودع عندة بالمحافظة على الشىء المودع (م ٧٢٠

---

(١) **تاريخ النص :** ورد هذا النص فى المادة ٢٨٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢١٢ من المشروع النهائى ، ثم مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٠٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٩ — ص ٥٢٠) .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الاخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٠٧** (مطابقة للمادة ٢٠٦ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٢٠٩ (مطابقة للمادة ٢٠٦ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٢٠٩ (مطابقة للمادة ٢٠٦ من التقنين المدنى المصرى) .

(٣) ولكن يعمل بهذا الحكم من التقنين العراقى واللبنانى ، تطبيقا للمبادىء العامة .

أما التقنين المدنى الاردنى فلم يورد مثل هذا النص لانه — كما اشار فى مذكرته الايضاحية — لا يوجد فى الفقه الاسلامى التزام بنقل الملكية أو اى حق عينى آخر ، ذلك أن التصرف بنفسه هو الذى ينقل الملكية أو الحق بوصفه حكما من أحكام التصرف .

مدنى) ، والتزام المستعير أو المستأجر بالمحافظة على الشىء المعار أو العين المؤجرة (م ٦٤١ و م ٥٨٣ مدنى) (١) ويدخل فى ذلك أيضا الالتزام بالمحافظة على الشىء الذى يتضمنه الالتزام بنقل الحق العينى ، فقد رأينا المادة ٢٠٦ تقضى بأن الالتزام بنقل حق عينى يتضمن التزاما بعمل فى قسمين من الاقسام الثلاثة للالتزام بعمل ، فيلتزم بأن يحافظ على الشىء وهذا التزام ببذل عناية، وأن يسلمه للدائن وهذا التزام بالتسليم. مثل ذلك التزام البائع بنقل ملكية المبيع الى المشترى ، فهو يتضمن التزاما بتسليم المبيع الى المشترى والتزاما بالمحافظة عليه حتى وقت التسليم (انظر المواد ٤٣١ و ٤٣٧ — ٤٣٨ مدنى) . ٢ — أو يكون ادارة هذا الشىء ، ويتضمن هذا بطبيعة الحال المحافظة عليه ، وذلك كالتزام المرتهن رهن حيازة بادارة العين المرهونة لاستثمارها استثمارا كاملا (م ١٠٤٣ فقرة ثانية مدنى) ، وكالتزام الوكيل فى الادارة بادارة العين الموكول اليه ادارتها (٢) (م ٧٠١ مدنى) . وقد تكون ادارة الشىء لمصلحة الدائن كما فى الوكيل بالادارة ، أو لمصلحة المدين كما فى المستأجر عندما ينتفع

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بان مؤدى نص المادة ٥٨٣ من التقنين المدنى أن المستأجر يلتزم بحفظ العين ورعايتها باذلا فى ذلك عناية الرجل المعتاد ، فان قصر فى اداء التزامه ونتج عن تقصيره تلف العين أو هلاكها كان مسئولا ، ولئن اقام المشروع قرينة قانونية تفترض أن ما أصاب العين المؤجرة مرده الى خطأ المستأجر الا ان هذه القرينة قابلة لاثبات العكس ، بمعنى الا يسأل الا عما يحدث فعلا بسبب تقصيره هو أو تقصير من يسأل عنهم ، واذا اثبت ان التلف أو الهلاك نشأ عن سبب أجنبى لا يد له فيه كالقوة القاهرة أو خطأ المؤجر أو عيب العين المؤجرة انتفت مسئولية المستأجر : نقض مدنى فى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٧٨ مجموعة احكام النقض السنة ٣٠ رقم ٣٣٧ ص ١٧٥٠ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن التزام الوكيل فى تنفيذ الوكالة هو التزام ببذل عناية لا التزاما بتحقيق غاية ، الا أنه لا شىء يمنع من الاتفاق على أن يكون التزام الوكيل بتحقيق غاية ، ومن ذلك ان يتفق الموكل مع المحامى على الا يستحق الاتعاب أو على الا يستحق المؤخر منها الا اذا كسب الدعوى : نقض مدنى فى ٢٣ فبراير سنة ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ رقم ٩٧ ص ٥٢١ .

بالعين ، أو لمصلحتهما معا كما فى الدائن المرتهن رهن حيازة عند ما يستثمر العين المرهونة (١) .

واذا كان الالتزام ببذل عناية متعلقا بعمل ، كالطبيب يلتزم بعلاج المريض والمحامى يلتزم بالدفاع عن مصالح موكله أمام القضاء (وهذا غير النيابة عنه) ، كان العمل المطلوب من المدين هو توخى الحيطة فى القيام بالعمل الموكول اليه ، فالطبيب عليه أن يتوخى أصول صناعة الطب المعروفة فى العلاج ولا عليه أن يشفى المريض (٢) ، والمحامى عليه أن

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه وان كان القانون المدنى القديم لم يورد نصا خاصا عن واجبات الحابس فى حفظ وصيانة الشىء المحبوس تحت يده ، الا انه يجب على الحابس أن يبذل فى حفظه من العناية ما يبذله الرجل المعتاد ويكون مسئولا عن هلاكه أو تلفه الا اذا كان ذلك بسبب قهرى قياسيا على القاعدة المقررة فى رهن الحيازة بالمادة ٥٤٤ مدنى قديم لاتحاد العلة فى الحالتين وهو ما صرح به القانون المدنى الجديد فى المادة ٢/٢٤٧ من التزام الحابس بالمحافظة على الشىء المحبوس تحت يده وفقا لأحكام رهن الحيازة المقررة فى المادة ١١٠٣ والتى تقضى بالزام المرتهن بأن يبذل فى حفظ وصيانة الشىء المرهون ما يبذله الشخص المعتاد وانه مسئول عن هلاكه أو تلفه ما لم يثبت ان ذلك يرجع لسبب أجنبى لا يد له فيه ، ويكون القانون المدنى الجديد اذ أورد المادة ٢٤٧ انما قنن فى خصوص التزامات الحابس احكام القانون القديم ولم يستحدث جديدا . (نقض مدنى فى ٨ من ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ رقم ٢١٢ ص ١٥٤٥) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن مسئولية الطبيب لا تقوم — فى الاصل — على انه يلتزم بتحقيق غاية هى شفاء المريض وانما يلتزم ببذل العناية الصادقة فى سبيل شفائه . ولما كان واجب الطبيب فى بذل العناية مناطه ما يقدمه طبيب يقظ من أوسط زملائه علما ودراية فى الظروف المحيطة به أثناء ممارسته لعمله مع مراعاة تقاليد المهنة والأصول العلمية الثابتة وبصرف النظر عن المسائل التى اختلف فيها أهل هذه المهنة لينفتح باب الاجتهاد فيها ، فاذا انحرف الطبيب عن اداء هذا الواجب يعد خطأ يستوجب مسئوليته عن الضرر الذى يلحق بالمريض (نقض مدنى فى ٢٢ من مارس سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ رقم ٨٨ ص ٦٣٦) .

كما قضت محكمة النقض بأن مسئولية الطبيب الذى اختاره المريض أو نائبه لعلاجه هى مسئولية عقدية والطبيب وان كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذى ينعقد بينه وبين مريضه بشفائه أو بنجاح العملية التى يجريها له ، لأن التزام الطبيب ليس التزاما بتحقيق نتيجة وانما هو التزام ببذل عناية ، الا أن العناية المطلوبة منه تقتضى أن يبذل لمريضه جهودا صادقة يقظة تتفق — فى غير الظروف الاستثنائية — مع الأصول المستقرة فى علم الطب فيسأل الطبيب =

يبذل العناية المألوفة فى الدفاع عن مصالح موكله ولا عليه أن يكسب القضية (١) .

٤٢٧ — **العناية المطلوبة فى الالتزام ببذل عناية :** ويعتبر المدين ، فى جميع هذه الاحوال ، أنه قد وفى بالتزامه ، اذا هو — كما يقول النص — بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ، ولو لم يتحقق الغرض المقصود ، فأخفق العمل ، أو هلك الشىء المحفوظ ، أو انتهت ادارته بالخسارة .

وقد يوجب القانون أو الاتفاق عناية أكثر أو أقل من عناية الشخص العادى . ففى العارية أوجب القانون عناية أكبر (م ٦٤١ مدنى) . وفى الوديعة أوجب عناية أقل (م ٧٢٠ مدنى) . واذا اتفق المدين والدائن على عناية أقل أو أكثر ، جاز ذلك . على أنه لا يجوز الاتفاق على التخفف

= عن كل تقصير فى سلكه الطبى لا يقع من طبيب يقظ فى مستواه المهنى وجد فى نفس الظروف الخارجية التى احاطت بالطبيب المسئول (نقض مدنى فى ٢٦ من يونية سنة ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ — رقم ١٦٦ ص ١٠٧٥) .

وقضت محكمة النقض ايضا بأن التزام الطبيب ليس التزام بتحقيق نتيجة هى شفاء المريض ، وانما هو التزام ببذل عناية ، الا ان العناية المطلوبة منه تقتضى أن يبذل لمريضه جهودا صادقة يقظة تتفق فى غير الظروف الاستثنائية مع الاصول المستقرة فى علم الطب ، فيسأل الطبيب عن كل تقصير فى سلكه الطبى لا يقع من طبيب يقظ فى مستواه المهنى وجد فى نفس الظروف الخارجية التى احاطت بالطبيب المسئول ، كما يسأل عن خطئه العادى ايا كانت درجة جسامته : نقض مدنى فى ٢١ من ديسمبر سنة ١٩٧١ — مجموعة احكام النقض السنة ٢٢ رقم ١٧٩ ص ١٠٦٢ .

(١) وقد قضت محكمة النقض بمسئولية المحامى عن تعويض موكله على خطئه فى الدفاع عنها فى قضية شرعية خطأ ادى الى رفض دعواها ولعدم حضوره عن موكلته فى الاستئناف المرفوع منها عن الحكم الابتدائى رغم اتفاقه معها على حضوره . (نقض مدنى فى ١٩٥٣/٤/٢٣ . مجموعة احكام النقض السنة ٤ رقم ١٣٦ ص ٩١٦) .

من العناية الى الحد الذى لا يكون المدين فيه مسئولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم (١) .

٤٢٨ — **احالة** : وقد سبق بيان ذلك تفصيلا عند الكلام فى المسئولية العقدية ، فنكتفى هنا بالاحالة اليها (٢) .

المطلب الثانى

الالتـزام بالتسـليم

٤٢٩ — **النصوص القانونية** : تنص المادة ٢٠٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — اذا التزم المدين أن ينقل حقا عينيا أو أن يقوم بعمل ، وتضمن التزامه أن يسلم شيئا ولم يقم بتسليمه بعد أن أعذر ، فان هلاك الشىء يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الاعذار على الدائن » .

« ٢ » ومع ذلك لا يكون الهلاك على المدين ولو أعذر ، اذا اثبت أن الشىء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم اليه ، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعة الحوادث المفاجئة » .

« ٣ — على أن الشىء المسروق اذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت ، فان تبعة الهلاك تكون على السارق (٣) » .

---

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٧ — ص ٥٠٨ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٤٢٨ — فقرة ٤٢٩ وفقرة ٤٤٠ .

(٣) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٢٨٤ من المشروع التمهيدى على وجه يكاد يكون مطابقا لما استقر عليه فى التقنين الجديد . وفى لجنة المراجعة ادخلت بعض تعديلات لفظية ، واصبح رقم المادة ٢١٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ ادخلت بعض تعديلات لفظية أخرى ، وذكر أن المقصود بالهلاك والضياع المشار =

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص •

ويقابل هذا النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٠٨ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢١٠ وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٢٨٧ (١) ، أما التقنين المدنى العراقى فقد اشتمل فى هذه المسألة على سلسلة من النصوص (م ٤٢٦ الى ٤٢٨) سيأتى ذكرها عند الكلام فى استحالة التنفيذ كسبب من أسباب انقضاء الالتزام • ولا مقابل للنص فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ، ولكن يبدو أن المبادىء العامة لهذا التقنين لا تمنع من تطبيق هذه الأحكام ، ولا مقابل أيضا لهذا النص فى التقنين المدنى الاردنى •

٤٣٠ — الالتزام بالتسليم قد يكون التزاما مستقلا وقد يكون التزاما تبعيا : قد يكون الالتزام بالتسليم التزاما مستقلا ، فيكون منذ البداية التزاما بعمل • مثل ذلك التزام المستأجر برد العين المؤجرة (٢)، والتزام المستعير برد العين المعارة ، والتزام المودع عنده برد الشىء

= اليهما فى الفقرة الثالثة « الهلاك الكلى أو الجزئى وضياع نفس مادة الشىء أو عدم صلاحيته للغرض المطلوب ولو كان يصلح لغرض آخر » • واصبح النص مطابقا وصار رقمه ٢٠٧ • ووافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢١ وص ٥٢٣ — ص ٥٢٤) •

(١) **التقنينات المدنية العربية الاخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٠٨** (مطابقة لنص المادة ١٠٧ من التقنين المدنى المصرى) •

التقنين المدنى الليبى م ٢١٠ (مطابقة لنص المادة ٢٠٧ من التقنين المدنى المصرى) •

التقنين المدنى الكويتى م ٢٨٧ (مطابقة لنص المادة ٢٠٧ من التقنين المدنى المصرى ، وان اختلفت الفقرة الاولى اختلافا طفيفا فى الصيغة) •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بان اخلال المستأجر بالتزامه برد العين عند انتهاء الايجار اذا هو حال بفعله دون تمكين المؤجر من الانتفاع بها دون عائق يجعله ملزما بان يدفع للمؤجر تعويضا يراعى فى تقديره القيمة الايجارية للعين وما اصاب المؤجر من ضرر (نقض مدنى فى ١٤ من نوفمبر سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ٢٥١ ص ١٦٥٩) •

المودع ، والتزام المرتهن حيازة برد العين المرهونة .

وقد يكون الالتزام بالتسليم التزاما تبعيا يتضمنه الالتزام بنقل حق عينى على النحو الوارد فى المادة ٢٠٦ وقد تقدم ذكرها . مثل ذلك التزام البائع بتسليم المبيع الى المشترى (١) ، والتزام الشريك بتسليم حصته الى الشركة ، وكلا الالتزامين قد تضمنه التزام بنقل حق عينى اما الى المشترى واما الى الشركة (٢) .

وسواء كان الالتزام بالتسليم التزاما مستقلا أو التزاما تبعيا ، فان تنفيذه يكون بتسليم المدين الشىء الى الدائن ، وفقا لأحكام القواعد العامة فى التسليم (٣) . فاذا لم ينفذ المدين التزامه طوعا ، أجبر على التنفيذ عينا أو عن طريق التعويض بحسب الأحوال (٤) .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه ولئن كانت ملكية العقار المبيع لا تنتقل الى المشترى قبل تسجيل عقد البيع الا ان البائع يلتزم بتسليم المبيع الى المشترى ولو لم يسجل العقد ، وبذلك تكون للمشترى ثمرة المبيع من تاريخ ابرام البيع ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك . (نقض مدنى فى ٢٣ من يناير سنة ١٩٦٩ — مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ رقم ٢٥ ص ١٥٠) .
كما قضت محكمة النقض بان عقد البيع غير المسجل وان كان لا يترتب عليه نقل ملكية العقار المبيع الى المشترى الا انه يولد فى ذمة البائع التزاما بتسليم المبيع ، ويترتب على الوفاء بهذا الالتزام ان يصبح المبيع فى حيازة المشترى وله ان ينتفع به بجميع وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار . (نقض مدنى فى ٨ من ابريل سنة ١٩٧١ مجموعة احكام النقض السنة ٢٢ رقم ٦٩ ص ٤٤٣) .

(٢) أنظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٦ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بان وضع المبيع تحت تصرف المشترى الامر الذى يتحقق به التسليم طبقا لنص المادة ٤٣٥ من القانون المدنى، يشترط فيه ان يكون بحيث يتمكن المشترى من حيازة المبيع والانتفاع به (نقض مدنى فى ٢٥ من يونية سنة ١٩٥٩ — مجموعة احكام النقض السنة ١٠ رقم ٧٦ ص ٤٩٩) .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بانه يجب على المستأجر ان يرد العين المؤجرة الى المؤجر عند انتهاء الايجار ، ولا يكفى للوفاء بهذا الالتزام ان ينبه المستأجر على المؤجر بانه سيقوم باخلاء العين المؤجرة بل يجب على =

٤٣١ — تبعة هلاك الشيء قبل التسليم : ويستوقف النظر في هذا الالتزام بحث تبعة هلاك الشيء اذا هلك قبل التسليم . فاذا فرض أن الشيء هلك قضاء وقدرا ، فعلى من تقع تبعة الهلاك ؟ هنا يجب التمييز بين أن يكون الالتزام بالتسليم التزاما تبعيا أو التزاما أصليا .

فاذا كان الالتزام بالتسليم التزاما تبعيا يتضمنه التزام بنقل حق عيني ، فالأصل أن الهلاك يكون على المدين بالتسليم ، ولو أنه أصبح غير مالك اذ انتقلت الملكية الى الدائن تنفيذا للالتزام الأصلي بنقل الملكية . ويبرر هذه القاعدة أن الالتزام بالتسليم في هذه الحالة ليس في حقيقته الا التزاما مكملا للالتزام بنقل الملكية ، اذ لا تخلص الملكية فعلا للدائن الا بالتسليم . ومن ثم كان الهلاك على المدين ، وهو مدين بنقل الملكية وبالتسليم معا . وقد طبق التقنين المدني الجديد هذه القاعدة في كل من البيع والقسمة . فنصت المادة ٤٣٧ على أنه « اذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن ، الا اذا كان الهلاك بعد اعذار المشتري لتسلم المبيع » (١) . ونصت الفقرة الأولى من المادة ٥٦٦ على أنه

= المستأجر أن يضع العين المؤجرة تحت تصرف المؤجر بحيث يتمكن من حيازتها والانتفاع بها دون عائق ولو لم يستول عليها استيلاء ماديا ، فان أبقى المستأجر في العين المؤجرة شيئا مما كان يشغلها به واحتفظ بملكيته فانه لا يكون قد أوفى بالتزامه برد العين المؤجرة وحق عليه أن يدفع للمؤجر تعويضا يراعى في تقديره القيمة الايجارية للعين المؤجرة وما أصاب المؤجر من ضرر . (نقض مدني في ٢٦ من يناير سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ رقم ٣٧ ص ٢٤٦) .

(١) أما في التقنين المدني الفرنسي (م ١١٣٨ و م ١٦٢٤) ، فالهلاك على المشتري حتى قبل التسليم ، اذ أن الهلاك على المالك (res perit domino) سواء كان الالتزام بالتسليم مستقلا أو تبعيا ، وقد أصبح المشتري بالبيع مالكا ، فيحمل تبعة الهلاك حتى قبل أن يتسلم المبيع . انظر في أن الهلاك في القانون الفرنسي لا يكون على المشتري قبل التسليم الا باعتباره مالكا ، فاذا تراخى نقل الملكية الى ما بعد التسليم فان الهلاك لا يكون عليه بل يكون على البائع : بودري وبارد ٢ فقرة ٤٢٣ — فقرة ٤٢٤ .

وقد قضت محكمة النقض بأن الهلاك المنصوص عليه في المادة ٤٣٧ =

« اذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أي حق عيني آخر فان أحكام البيع هي التي تسرى في ضمان الحصة اذا هلكت ...(١) » .

أما اذا كان الالتزام بالتسليم التزاما مستقلا ، فالهلاك يكون على المالك . ويغلب أن يكون هو الدائن بالتسليم ، كما رأينا ذلك في الالتزام بالرد نحو المؤجر والمعير والمودع والراهن حيازة . ولكن قد يكون المالك هو المدين بالتسليم ، كما في التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر (٢) . وذلك أن الاصل في الهلاك أن يكون على المالك (res perit domino) ، فهو الذى يكسب الغنم وهو الذى

= من القانون المدنى هو زوال الشىء المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية، ولا يعد استيلاء الاصلاح الزراعى على الاطيان المبيعة بعد البيع هلاكا لها تجرى عليه احكام الهلاك في البيع (نقض مدنى في ١٦ من فبراير سنة ١٩٧١ — مجموعة احكام النقض السنة ٢٢ رقم ٣٢ ص ١٨٨) .

(١) وكان التقنين المدنى السابق يجعل تبعة هلاك الحصة ، اذا كانت عينا معينة ، على الشركة حتى قبل التسليم ، فقد كانت المادة ٤٢٤/٥١٦ من هذا التقنين تنص على أنه « اذا كانت حصة الشريك في راس المال حق ملكية في عين معينة او حق انتفاع فيها ، انتقل الحق في ذلك بمجرد عقد الشركة لجميع الشركاء ، وكان عليهم تلفه » . وكان هذا الحكم في التقنين المدنى السابق مخالفا لمبدئه العام الذى كان يجعل الهلاك على المدين بالتسليم لا على المالك كما راينا في البيع . وقد ازال التقنين المدنى الجديد هذا التعارض ، وجعل الهلاك على المدين بالتسليم دائما ما دام الالتزام بالتسليم التزاما تبعيا يتضمنه التزام بنقل الملكية ، يستوى في ذلك البيع والشركة كما رأينا .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن مؤدى نصوص المواد ٥٦٤ ، ٥٦٦و ٤٣٥/١ من القانون المدنى ان تسليم العين المؤجرة يحصل بوضعها تحت تصرف المستاجر بحيث يتمكن من حيازتها والانتفاع بها دون عائق ، ولو لم يضع يده عليها بالفعل ما دام المؤجر قد أعلمه بذلك ، بمعنى أنه ليس يكفى مجرد تخلى المؤجر عن العين المؤجرة والترخيص للمستأجر بالانتفاع بها اذا وجد عائق يحول دونه ولا يتم التسليم بغير ازالته ، يستوى ان يكون العائق وليد تعرض مادى او نتيجة تعرض قانونى ناشئا عن فعل المؤجر أو أحد اتباعه ام راجعا الى فعل الغير ايا كان ، طالما حصل قبل حصول التسليم : نقض مدنى في ١٨ يناير سنة ١٩٧٨ مجموعة احكام النقض السنة ٢٩ رقم ٤٩ ص ٢٢٩ .

يتحمل الغرم • ولم يزحزح هذه التبعة عن المالك الى المدين بالتسليم فى الالتزام التبعى الا اعتبار أن الالتزام التبعى بالتسليم مكمل للالتزام بنقل الملكية كما قدمنا • أما هنا فالالتزام مستقل ، ومن ثم رجعنا الى الأصل ، فكان الهلاك على المالك • وقد أورد التقنين المدنى تطبيقات كثيرة لهذا المبدأ ، نذكر منها ما ورد فى عقود الايجار والعارية والوديعة ورهن الحيازة • فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٥٦٩ على أنه « اذا هلكت العين المؤجرة أثناء الايجار هلاكا كليا انفسخ العقد من تلقاء نفسه » •• فتبعة الهلاك هنا على المالك وهو المؤجر ، لا على المدين بالرد وهو المستأجر (١) • ونصت الفقرة الأولى من المادة ٥٨٤ على أن « المستأجر مسئول عن حريق العين المؤجرة الا اذا أثبت أن الحريق نشأ عن سبب لا يد له فيه » •• وهذا تطبيق خاص بالهلاك بسبب الحريق (٢) ، فاذا نشأ الحريق بسبب أجنبى — وعبء الاثبات على المستأجر — كان الهلاك على المالك أى على المؤجر • ونصت الفقرة الأولى من المادة ٥٩١ على ما يأتى : « على المستأجر أن يرد العين المؤجرة بالحالة التى تسلمها عليها ، الا ما يكون قد أصاب العين من

---

(١) كذلك اذا هلكت العين المؤجرة قبل تسليمها للمستأجر ، فان الهلاك يكون على المؤجر ، وهو هنا المدين بالتسليم ، ولكنه هو المالك للعين فيحمل تبعة الهلاك كما قدمنا (قارب م ٥٦٤ — ٥٦٥ مدنى) •

(٢) وقدقضت محكمة النقض بان نص المادة ١/٥٨٤و٢ من القانون المدنى صريح فى انه يتناول مسئولية المستأجر عن حريق العين المؤجرة تجاه المؤجر فقد بينت الفقرة الاولى من المادة المذكورة ان الأصل فى هذه المسئولية انها تقع على عاتق المستأجر تجاه المؤجر المتعاقد معه والفقرة الثانية تفصيل لهذا الاصل فتقضى بمسئولية المستأجرين المتعددين تجاه المؤجر وتوضح أن كلا من هؤلاء المستأجرين يكون مسئولا تجاه المؤجر ولا تقع على عاتق المؤجر تجاه المستأجر فلا يكون المؤجر مسئولا قبل المستأجر بمقتضى هذه المادة عن الضرر الذى يصيب الاخير بسبب احتراق امتعته الموجودة بالعين المؤجرة وانما تكون مسئوليته تقصيرية اذا توافرت اركانها (نقض مدنى فى ٢٦ من اكتوبر سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ٢٣٦ ص ١٥٦٠) •

هلاك أو تلف لسبب لايد له فيه » • وهنا أيضا ترديد للمبدأ ذاته في حالة قيام المستأجر بتنفيذ التزامه بالرد ، فهلاك العين بسبب أجنبي في هذه الحالة لايكون عليه بل علي المالك وهو المؤجر الدائن بالرد • ونصت الفقرة الثانية من المادة ٦٤١ على أن المستعير يكون في كل حال « ضامنا لهلاك الشيء اذا نشأ الهلاك عن حادث مفاجيء أو قوة قاهرة وكان في وسعه أن يتحاشاه باستعمال شيء من ملكه الخاص أو كان بين أن ينقذ شيئا مملوكا له أو الشيء المعار فاختار أن ينقذ مايملكه » • وهنا جعلت تبعة هلاك الشيء المعار بسبب أجنبي في الأصل علي المالك وهو المعير ، طبقا للمبدأ العام الذي قدمناه • وانما اختار المشرع فرضين ، فيهما يهلك الشيء بسبب أجنبي ولكن المستعير كان يستطيع انقاذه بتضحية ماله الخاص ، فجعل الهلاك في هذين الفرضين لا على المعير وهو المالك والدائن بالرد ، بل على المستعير وهو المدين بالرد لأنه كان ينتفع بالشيء دون مقابل • وفي الوديعة يلتزم المودع عنده برد الشيء المودع كما تقضي بذلك المادة ٧٢٢ ، الا أنه اذا هلك الشيء بسبب أجنبي ، كان الهلاك على المالك وهو المودع ، تطبيقا للمبدأ العام • وفي رهن الحيازة نصت الفقرة الأولى من المادة ١١٠٢ على أن « يضمن الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه اذا كان الهلاك أو التلف راجعا لخطأه أو ناشئا عن قوة قاهرة » ، ونصت المادة ١١٠٣ على أنه « اذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون ، فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه مالم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه » • فهلاك العين المرهونة بسبب أجنبي على المالك وهو الراهن الدائن بالرد ، لا على المرتهن وهو المدين بالرد •

٤٣٢ — أثر الاعذار في تحمل تبعة الهلاك : ويتبين مما تقدم أن تبعة الهلاك في الالتزام بالتسليم تكون على المدين بهذا الالتزام اذا كان التزاما تبعيا ، وتكون على المالك اذا كان التزاما مستقلا • غير

أن الاعذار ينقل تبعة الهلاك من طرف الى الطرف الآخر فى كلتا الحالتين •

فاذا كانت تبعة الهلاك على المدين كما فى البيع قبل التسليم ، وأعذر البائع المشترى طالبا اليه أن يتسلم المبيع ، وهلك المبيع بعد الاعذار وقبل التسليم ، فان تبعة الهلاك تنتقل من المدين الى الدائن ، أى من البائع الى المشترى • وتقرر المادة ٣٣٥ من التقنين المدنى هذه القاعدة ، اذ تنص على أنه « اذا تم اعذار الدائن ، تحمل تبعة هلاك الشىء أو تلفه ••• » وفى هذه الحالة — حالة انتقال تبعة الهلاك من المدين الى الدائن — يلتزم المدين أن ينزل للدائن عما قد يكون له من حق أو دعوى فى التعويض عن الشىء الذى هلك ، كما لو كان الشىء مؤمنا عليه فاستحق المدين مبلغ التأمين ، أو كان هلاك الشىء بفعل أجنبى فاستحق المدين التعويض (١) •

واذا كانت تبعة الهلاك على المالك ، كما فى عقد الايجار قبل تنفيذ المستأجر التزامه برد العين المؤجرة ، وأعذر المؤجر المستأجر طالبا اليه تسليم العين ، وهلكت العين بعد الاعذار وقبل التسليم ، فان تبعة الهلاك تنتقل من المؤجر الى المستأجر • والمدين بالرد هو المستأجر ، وكان الهلاك على المؤجر وهو الدائن بالرد ، فأعذر المؤجر المستأجر مطالبا اياه بالرد ، ثم هلكت العين المؤجرة بعد الاعذار ، فترتب على الاعذار أن انتقلت تبعة الهلاك الى المدين ولو أن الهلاك

---

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٢ — وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصا (م ٢٨٣ من المشروع) يقضى بهذا الحكم على الوجه الآتى : « فى الالتزام بنقل حق عينى ، اذا هلك الشىء أو ضاع أو خرج عن التعامل لسبب أجنبى لا يد للمدين فيه ، التزام المدين أن يتنازل للدائن عما قد يكون له من حق أو دعوى فى التعويض عن هذا الشىء » وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، لان الحكم الوارد فيه حكم تفصيلى يكفى فيه تطبيق القواعد العامة (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٩ هامش رقم ١) •

كان قبل الاعذار على الدائن ، كما تقول المادة ٢٠٧ سالفة الذكر .. « ذلك أن الاعذار — وهذا ما تقوله المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى (١) — يلزم المدين ، أى المستأجر ، دليل التخلف ، ويثبت عليه بذلك خطأ يرتب مسئوليته متى كان هلاك الشىء من جراء الحادث الفجائى راجعا الى هذا التخلف . والواقع أن المدين فى مثل هذه الحالة يكون متسببا فى الهلاك بفعله . أما اذا أثبت المدين أن الشىء كان يهلك فى يد الدائن أيضا لو أنه سلم اليه ، (فانه) بهذا يقيم الدليل على أن الهلاك لا يرجع الى تخلفه ، بل يرجع حقيقة الى حادث فجائى ، وبذلك تندفع عنه التبعة ، وينقضى التزامه . بيد أنه يتحمل هذه التبعة كاملة اذا كان الشىء مسروقا متى كان هو السارق ، ذلك أن خطأه الأول فى ارتكاب جريمة السرقة لا يسقط عنه ولو باقامة الدليل على ان الهلاك يرجع فى الحقيقة الى حادث فجائى » .

والعبارة الأخيرة من المذكرة الايضاحية تشير الى فرض استثنائى ، هو أن يكون المدين برد الشىء لصا سرق هذا الشىء ، وقد التزم بالرد بسبب السرقة . فتبعة الهلاك فى هذه الحالة لاتكون على الدائن — مالك الشىء المسروق — كما كان المبدأ العام يقضى بذلك ، بل تكون على المدين وهو السارق ، لأن مصدر الدين هنا جريمة السرقة . وهذه الجريمة تبرر الخروج على المبدأ العام ، بل تبرر الخروج أيضا على القاعدة التى تقضى بأن الهلاك يكون على الدائن ولو أعذر المدين اذا أثبت هذا أن الشىء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم اليه . فالسارق ، اذا هلك المسروق عنده قبل رده الى مالكه ، يتحمل تبعة هلاكه دائما ، أعذره المالك أو لم يعذره ، أثبت السارق أو لم يثبت أن المسروق كان يهلك كذلك عند المالك لو أنه رد اليه (٢) .

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٢ .

(٢) أنظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٧ .

المطلب الثـالث

الالتزام بانجاز عمل معين

٤٣٣ — **النصوص القانونية** : تنص المادة ٢٠٨ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« فى الالتزام بعمل ، اذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه ، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين » .

وتنص المادة ٢٠٩ على ما يأتى :

« ١ — فى الالتزام بعمل ، اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القضاء فى تنفيذ الالتزام على نفقة المدين اذا كان هذا التنفيذ ممكنا » .

« ٢ — ويجوز فى حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء » .

وتنص المادة ٢١٠ على ما يأتى :

« فى الالتزام بعمل يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ اذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام » (١) .

---

(١) **تاريخ النصوص :**

م ٢٠٨ : ورد هذا النص فى المادة ٢٨٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، وأصبح رقمه ٢١٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم =

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٥٩/٢٢٢ والفقرة الثانية من المادة ١٧٧/١٧٤[1] • ولا تختلف أحكام التقنين السابق عن أحكام التقنين الجديد رغم اختلاف العبارة فى النصوص •

وتقابل هذه النصوص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المواد ٢٠٩ — ٢١١ ، وفى التقنين المدنى

= مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٠٨ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ص ٥٢٥ — ٥٢٦) •

م ٢٠٩ : ورد هذا النص فى المادة ٢٨٦ من المشروع التمهيدى بزيادة عبارة « ولم يكن ضروريا أن ينفذه بنفسه » فى الفقرة الاولى • ووافقت عليه لجنة المراجعة ، وأصبح رقمه ٢١٥ فى المشروع النهائى • ووافق عليه مجلس النواب • وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « ولم يكن ضروريا أن ينفذه بنفسه » من الفقرة الاولى ، لان الدائن هو صاحب المصلحة فيجب أن يترك له التقدير فيما اذا كان المدين يجب عليه أن ينفذ الالتزام بنفسه أم لا ، وأصبح رقم المادة ٢٠٩ • ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٧ — ص ٥٢٧) •

م ٢١٠ : ورد هذا النص فى المادة ٢٨٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — فى الالتزام بعمل ، يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ اذا سمحت طبيعة الالتزام بذلك • ٢ — ويكون الامر كذلك بوجه خاص اذا كان المدين ملزما أن يقوم باجراء يقتضيه تنفيذ التصرف » : وفى لجنة المراجعة أدخل تعديل لفظى طفيف ، وأصبح رقم المادة ٢١٦ فى المشروع النهائى • ووافق مجلس النواب على النص • وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت الفقرة الثانية لأنها تتضمن حكما تطبيقيا لا حاجة الى افراد نص خاص به ، وأصبح رقم المادة ٢١٠ ، ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٩ — ص ٥٣١) •

(١) وقد كانت المادة ١٥٩/٢٢٢ من التقنين المدنى السابق تجرى على الوجه الآتى : « لا يجوز الوفاء الا من المتعهد مادام يظهر من كيفية التعهد أن مصلحة المتعهد له تستدعى ذلك » • وكانت الفقرة الثانية من المادة ١١٧/١٧٤ تجرى على الوجه الآتى : « ومع ذلك يجوز للدائن أن يتحصل على الاذن من المحكمة بعمل ما تعهد به المدين أو بازالة ما فعله مخالفا لتعهده مع الزامه بالمصاريف ، وهذا وذلك مع مراعاة الامكان بحسب الاحوال » •

العراقي المادتين ٢٤٩ — ٢٥٠ ، وفي التقنين المدني الليبي المواد ٢١١ — ٢١٣ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني الفقرتين ١ و ٢ من المادة ٢٥٠ ، وفي التقنين المدني الكويتي المادتين ٢٨٨ — ٢٨٩ ، وفي التقنين المدني الاردني المادتين ٣٥٦ — ٣٥٧ (١) .

٤٣٤ — أنواع ثلاثة للالتزام بانجاز عمل معين : ونرى من النصوص المتقدمة أن الالتزام بانجاز عمل معين ، من حيث تدخل المدين الشخصي في تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا ، أنواع ثلاثة : ١ — أن يكون الالتزام ممكن التنفيذ عينا دون تدخل شخصي من المدين في هذا التنفيذ ، وهذا هو الأصل ، وتنص عليه المادة ٢٠٩ . ٢ — أن يكون الالتزام غير ممكن التنفيذ عينا دون تدخل شخصي من المدين ، وهذا استثناء يرد على الأصل من إحدى ناحيتيه ، ناحية تعذر تنفيذ الالتزام ،

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الاخرى : التقنين المدني السوري** م ٢٠٩ — ٢١١ (مطابقة للمواد ٢٠٧ — ٢١٠ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : م ٢٤٩ (مطابقة للمادة ٢٠٨ من التقنين المدني المصري) — م ٢٥٠ (مطابقة للمادة ٢٠٩ من التقنين المدني المصري) . ولا مقابل للمادة ٢١٠ من التقنين المدني المصري ، ولكن حكمها جائز التطبيق في القانون العراقي .

التقنين المدني الليبي م ٢١١ — ٢١٣ (مطابقة للمواد ٢٠٨ — ٢١٠ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٥٠ : ١ — ولا تراعى هذه القاعدة (الوفاء عينا) في موجبات الأداء فقط ، بل في موجبات الفعل وموجبات الامتناع أيضا . ٢ — ويحق للدائن أن يطلب من المحكمة الترخيص له في أن ينفذ بنفسه موجب العمل على حساب المديون » . وتتفق أحكام التقنين اللبناني مع أحكام التقنين المصري رغم اختلاف العبارة .

التقنين المدني الكويتي م ٢٨٨ و م ٢٨٩ (مطابقتين للمادتين ٢٠٩ — ٢١٠) . ولا مقابل للمادة ٢٠٨ من التقنين المدني المصري ، ولكن حكمها جائز التطبيق طبقا للقواعد العامة .

التقنين المدني الاردني م ٣٥٦ (مطابقة للمادة ٢٠٨ من التقنين المدني المصري) . م ٣٥٧ بفقرتيها (مطابقة للمادتين ٢٠٩ — ٢١٠ من التقنين المدني المصري مع اختلاف طفيف في الصيغة) .

وتنص عليه المادة ٢٠٨ / ٣ — أن تكون طبيعة الالتزام تسمح بأن يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ العينى ، وهذا استثناء يرد على الأصل من الناحية الأخرى ، ناحية امكان تنفيذ الالتزام ، وتنص عليه المادة ٢٢٠ .

٤٣٥ — الالتزام بانجاز عمل معين ممكن التنفيذ عينا دون تدخل المدين : والأمثلة على ذلك كثيرة ، بل هذا هو الاصل ، كما قدمنا ، فاذا تعهد مقاول ببناء دار ، وامتنع من تنفيذ تعهده ، أمكن التنفيذ عينا دون تدخله الشخصى . واذا تعهد صانع بصنع شيء معين يمكن لصناع غيره أن يصنعوه ، أمكن كذلك التنفيذ عينا دون تدخل المدين الشخصى . واذا تعهد أمين النقل بنقل أشخاص أو أشياء ، أمكن تنفيذ التزامه عينا دون تدخله ، وهكذا .

والبت فيما اذا كان التنفيذ العينى للالتزام ممكنا دون تدخل المدين الشخصى موكول الى الدائن ، فهو الذى يرى ما اذا كان يكتفى بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين دون تدخله . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٢٠٩ فى فقرتها الأولى يجرى على الوجه الآتى : « فى الالتزام بعمل اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، ولم يكن ضروريا أن ينفذه بنفسه ، جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القضاء فى تنفيذ الالتزام على نفقة المدين ، اذا كان هذا التنفيذ ممكنا » . فحذفت عبارة « ولم يكن ضروريا أن ينفذه بنفسه » ، « لأن الدائن هو صاحب المصلحة ، فيجب أن يترك له التقدير فيما اذا كان المدين يجب عليه أن ينفذ الالتزام بنفسه أم لا (١) » .

فاذا قدر الدائن أن طبيعة الالتزام تسمح بأن يكون التنفيذ العينى كافيا حتى لو قام به غير المدين ، وامتنع المدين من التنفيذ ،

---

(١) وقد سبقت الاشارة الى ذلك فى تاريخ نص المادة ٢٠٩ (انظر آنفا فقرة ٤٣٣ فى الهامش) .

استطاع الدائن أن يلجأ الى القضاء ليطلب ترخيصا فى تنفيذ الالتزام على نفقة المدين • ويكون الالتجاء الى القضاء فى صورة دعوى يطلب فيها الدائن الحكم بالتنفيذ العينى على نفقة المدين ، فاذا قرر القاضى أن التنفيذ العينى ممكن بوساطة الغير ، حكم به وبأن يكون على نفقة المدين • فيستطيع المستأجر مثلا أن يطلب الحكم باجراء اصلاحات عاجلة فى العين المؤجرة على نفقة المؤجر ، وقد يكون ذلك بطريق الاستعجال اذا وجد مقتض لذلك ، ومتى صدر الحكم نفذه المستأجر بأن يتعاقد مع من يقوم بهذه الاصلاحات ويرجع بنفقاتها على المؤجر • وكذلك الأمر فى تعهد المقاول ببناء الدار ، فانه يجوز للدائن أن يتعاقد مع مقاول آخر — وذلك بعد الحصول على حكم بالتنفيذ العينى على نفقة المدين — فتبنى الدار ويرجع الدائن بنفقات البناء على المقاول الأول • وتطبق هذه القاعدة فى كل التزام بانجاز عمل يمكن لغير المدين تنفيذه تنفيذا عينيا دون تدخل شخصى من المدين ، فيستصدر الدائن حكما بتنفيذ هذا الالتزام على نفقة المدين •

فاذا كان التنفيذ العينى لا يحتمل الابطاء الى أن يستصدر الحكم كما هى الحال فى بعض صور الاصلاحات العاجلة بالعين المؤجرة ، جاز للمستأجر دون أن يستصدر حكما أن يعهد الى مقاول يقوم بهذه الاصلاحات العاجلة — ويحسن أن يكون ذلك بعد اعذار المؤجر — ثم يرجع بنفقة هذه الاصلاحات على المؤجر بدعوى يرفعها عليه يطالبه فيها بذلك ، وهنا يبسط القاضى رقابته ليتثبت من أن الظروف كانت تبرر هذا التصرف الاستثنائى ، ومن أن المصروفات التى أنفقت فى اجراء هذه الاصلاحات العاجلة كانت فى حدود معقولة فيحكم بها كلها على المؤجر ، أو ان فيها اسرافا فيقضى بخفضها الى الحد المعقول (١)•

---

(١) ذلك أن الدائن عليه أن يتوخى أيسر الطرق كلفة واقلها نفقة فى تنفيذ التزام المدين . بل عليه ان يتعاون مع المدين عند نشوء الالتزام الى ان =

وكل ما قدمناه منصوص عليه فى المادة ٢٠٩ ، وقد سبق ذكرها .

٤٣٦ — الالتزام بانجاز عمل معين غير ممكن التنفيذ عينا دون تدخل المدين : وخلافا للأصل المتقدم ، قد يكون التنفيذ العينى للالتزام غير ممكن دون تدخل المدين الشخصى فى هذا التنفيذ ، ويرجع ذلك اما

= ينقضى . يتعاون مع المدين عند نشوء الالتزام ، وبخاصة اذا كان المعقود عليه يقتضى خبرة فنية توافرت عند الدائن دون المدين ، كعقود التأمين التى تبرم بين شركات التأمين ، وهى شركات فنية ، وعملائها ، وكثير منهم تنقصه الخبرة اللازمة ، فلا يكفى أن يمتنع الدائن فى مثل هذه الاحوال عن تضليل المدين ، بل يجب عليه أيضا أن يرشده ويبصره بما هو مقدم عليه من شؤون التعاقد . ويتعاون الدائن مع المدين عند تنفيذ الالتزام . فعلى المستأجر مثلا أن يبادر الى اخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله ، كأن تحتاج العين الى ترميمات مستعجلة ، أو ينكشف عيب بها ، أو يقع اغتصاب عليها ، أو يعتدى أجنبى بالتعرض لها ، أو باحداث ضرر بها (م ٥٨٥ مدنى) . واذا لم يخطر المشترى البائع بدعوى الاستحقاق المرفوعة عليه فى الوقت الملائم ، وصدر عليه حكم حاز قوة الامر المقضى ، فقد حقه فى الرجوع بالضمان اذا اثبت البائع أن تدخله فى الدعوى كان يؤدى الى رفض دعوى الاستحقاق (م ٤٤٠ فقرة ٣ مدنى) . واذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد ، أنذره رب العمل بأن يعدل عن طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له (م ٦٥٠ فقرة أولى مدنى) . وفى حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل يجب على ورثته ، اذا توافرت فيهم الاهلية وكانوا على علم بالوكالة ، أن يبادروا الى اخطار الموكل بموت مورثهم وأن يتخذوا من التدبيرات ماتقتضيه الحال لصالح الموكل (م ٧١٧ فقرة ٢ مدنى) . واذا تعاقد المؤلف مع الناشر ، وجب على المؤلف أن ييسر للناشر تنفيذ التزاماته بأن يسلمه الاصول فى الوقت المناسب وأن يقوم بتصحيح التجارب (البروفات) دون ابطاء . وكما يجب على الدائن معاونة المدين ليبسر له تنفيذ التزاماته ، كذلك يجب على المدين أن يخضع لرقابة الدائن حتى يستوثق هذا من دقة تنفيذ الالتزام . فاذا نص فى العقد مثلا على أن يكون للعامل فوق الاجر المتفق عليه أو بدلا منه حق فى جزء من أرباح رب العمل ، أو فى نسبة مئوية من جملة الايراد أو من مقدار الانتاج أو من قيمة ما يتحقق من وفر أو ما شاكل ذلك ، وجب على رب العمل أن يقدم الى العامل بعد كل جرد بيانا بما يستحقه من ذلك . ويجب على رب العمل فوق هذا أن يقدم الى العامل ، أو الى شخص موثوق به يعينه ذوو الشأن أو يعينه القاضى ، المعلومات الضرورية للتحقق من صحة هذا البيان ، وأن يأذن له فى ذلك بالاطلاع على دفاتره (م ٦٩١ مدنى) : (أنظر فى مبدأ التعاون بين الدائن والمدين وتطبيقات هذا المبدأ وفى رقابة الدائن على المدين ديموج ٦ فقرة ١٢ — فقرة ٣٠) .

الى الاتفاق فيشترط الدائن على المدين أن يقوم بتنفيذ الالتزام بنفسه، واما الى طبيعة الالتزام ذاتها فهناك من الالتزامات ما تقتضى طبيعته أن يكون تنفيذه العينى على يد المدين شخصيا • مثل هذه الالتزامات الأخيرة أن يتعهد مغن أو ممثل بالغناء أو بالتمثيل فى حفلة فتنفيذ التزامه يقتضى أن يغنى أو يمثل هو بنفسه ، أو أن يتعهد رسام برسم لوحة فنية ، أو نحات بصنع تمثال ، أو جراح معروف باجراء عملية جراحية •

فاذا كان التنفيذ العينى للالتزام يقتضى تدخل المدين الشخصى على النحو المتقدم ، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين نفسه، كما نصت على ذلك المادة ٢٠٨ • فاذا امتنع المدين من أن يقوم بنفسه بتنفيذ التزامه ، كان للدائن أخذ طريقين : (أولهما) أن يلجأ الى طريق التهديد المالى (astreintes) ، وسنبسط أحكام هذا الطريق تفصيلا فيما يلى • (والثانى) أن يطالب المدين بالتعويض النقدى لتعذر التنفيذ العينى • وقد يكون هناك شرط جزائى متفق عليه بينهما ، فيطالب الدائن بتنفيذه طبقا لأحكام الشرط الجزائى التى ستبسطها فى مكان آخر (١) •

٤٣٧ — الالتزام بانجاز عمل معين يقوم حكم القاضى مقام تنفيذه : وهناك نوع من الالتزامات بانجاز عمل معين تسمح طبيعته أن يقوم حكم القاضى مقام تنفيذه العينى •• وقد نصت المادة ٢٤٠

---

(١) وفى هذا تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى : « اذا كان الالتزام الواجب تنفيذه التزاما بعمل ، فينبغى التفريق بين حالة ضرورة قيام المدين نفسه بالوفاء وحالة انتفاء هذه الضرورة • ففى الحالة الاولى يتعين على المدين أن يتولى أداء ما التزم به شخصيا كما اذا كان ممثلا أو مغنيا أو مصورا ، فان امتنع عن ذلك كان للدائن أن يلجأ للغرامات التهديدية أو التعويض النقدى عند عدم اشتراط جزاء » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٧) •

على هذا النوع من الالتزامات ، فجعلت حكم القاضى فيه هو التنفيذ العينى . وأكثر الأمثلة شيوعا فى ذلك هو التزام البائع بالتصديق على امضائه فى عقد البيع تمهيدا لتسجيل العقد . فان امتنع البائع عن تنفيذ التزامه ، جاز للمشترى أن يطلب الحكم باثبات صحة التوقيع، فيكون الحكم الصادر بذلك بمثابة تصديق على الامضاء يمكن بعده تسجيل عقد البيع (١) . واذا وقع نزاع فى صحة البيع نفسه ، جاز الحكم بثبوت صحة البيع ، ويكون هذا الحكم بمثابة عقد مصدق فيه على الامضاء فيسجل .

كذلك فى الوعد بالتعاقد ، اذا أظهر الموعود له رغبته فى أن يتم التعاقد ، وامتنع الواعد من امضاء العقد ، كان للموعود له أن يستصدر حكما باثبات التعاقد ، ويقوم هذا الحكم مقام العقد الموعود بابرامه (٢) .

وكذلك فى التزام الدائن المرتهن بشطب الرهن بعد سداد الدين، اذا امتنع الدائن من التقدم الى قلم كتاب المحكمة لاجراء هذا الشطب، جاز للمدين أن يستصدر حكما يقوم مقام التنفيذ العينى ويشطب بمقتضاه الرهن .

واذا أفرغ الوعد باجراء رهن رسمى فى الشكل الرسمى الواجب، وفقا للفقرة الثانية من المادة ١٠١ ، وامتنع الواعد بعد ذلك من تنفيذ وعده باجراء الرهن ، جاز للدائن أن يستصدر حكما يقوم مقام التنفيذ العينى ، ويقيد هذا الحكم فيكون لقيده جميع آثار الرهن . وهذا بخلاف ما اذا كان الوعد باجراء الرهن الرسمى لم يفرغ فى

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن دعوى صحة التوقيع هو الحصول على حكم يقوم مقام تصديق الموظف على توقيع البائع امامه على عقد البيع . (نقض مدنى فى ٢١ من ابريل سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ رقم ١٣٤ ص ١٠٣٢) .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ١٣٩ .

الشكل الرسمى الواجب ، فان تنفيذه فى هذه الحالة لايكون الا عن طريق التعويض (١) .

المبحث الثالث

الالتزام بالامتناع عن عمل

(obligation de ne pas faire)

٤٣٨ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢١٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« اذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام ، جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفا للالتزام . وله أن يطلب من القضاء ترخيصا فى أن يقوم بهذه الازالة على نفقة المدين » (٢) .

---

(١) الوسيط جزء أول فقرة ١٣٥ — وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ العينى أحيانا ، رغم ضرورة وفاء المدين نفسه بما التزم به . فاذا امتنع البائع مثلا عن التصديق على امضائه فى عقد البيع ، فلم يتيسر التسجيل ، جاز للمشترى أن يستصدر حكما بصحة التعاقد ، فيكون هذا الحكم بمنزلة العقد ، وتنتقل ملكية العقار المبيع بمقتضاه عند تسجيله . وكذلك اذا وعد شخص بابرام عقد وامتنع عن الوفاء بوعده ، جاز للمحكمة أن تحدد له ميعادا للتنفيذ ، فاذا لم يقم بالوفاء فى خلال هذا الميعاد ، حل حكم القضاء محل العقد المقصود ابرامه ، ففى كل من هذين التطبيقين يقوم الحكم مقام التنفيذ العينى ويغنى عنه (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٩ — ص ٥٣٠). انظر أيضا المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٧ .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه اذا وعد شخص بضمان المقترض وامتنع عن تنفيذ وعده ، جاز للمقرض أن يستصدر حكما ضد الواعد يقوم مقام الضمان (١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ١٠) ، وقضت أيضا بأنه اذا امتنع البائع عن امضاء عقد البيع النهائى ، فالحكم يقوم مقام العقد النهائى ويسجل فتنتقل الملكية (٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٦) — وانظر أيضا : استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ٥٧ ص ١٦٧ .

(٢) **تاريخ النص :** ورد هذا النص فى المادة ٢٨٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «اذا التزم المدين بالامتناع عن عمل ، واخل بهذا الالتزام =

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق الفقرة الثانية من المادة ١١٧/١٧٤ (١) • ولا فرق فى الحكم بين التقنينين الجديد والقديم •

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢١٣ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢٥٢، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢١٥ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢٥٠ فقرة ٣ وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٢٩١ ، وفى التقنين المدنى الاردنى المادة ٣٥٩ (٢) •

= جاز للدائن ان يطلب ازالة ما وقع مخالفا للالتزام . وله أن يطلب من القضاء ترخيصا فى أن يقوم بهذه الازالة على نفقة المدين ، وفى حالة الاستعجال يكون له أن يزيل المخالفة دون ترخيص » • وفى لجنة المراجعة حذفت العبارة الاخيرة « وفى حالة الاستعجال ••• » لأن هذا الحكم قد يوقع فى اضطراب يحسن تجنبه ، واصبح رقم المادة ٢١٨ فى المشروع النهائى • ووافق عليها مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢١٢ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣٤ — ص ٥٣٦) •

(١) وكانت الفقرة الثانية من المادة ١١٧/١٧٤ من التقنين المدنى السابق — كما راينا — تجرى على الوجه الآتى : « ومع ذلك يجوز للدائن أن يتحصل على الاذن من المحكمة بعمل ما تعهد به المدين أو بازالة ما فعله مخالفا لتعهده مع الزامه بالمصاريف ، وهذا وذلك مع مراعاة الامكان بحسب الاحوال » •

(٢) **التقنينات المدنية العربية الاخرى : التقنين المدنى السورى** م ٢١٣ (مطابقة للمادة ٢١٢ من التقنين المدنى المصرى) •

التقنين المدنى العراقى م ٢٥٢ : اذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام ، جاز للدائن أن يطلب ما وقع مخالفا للالتزام مع التعويض اذا كان له محل . (ولم يرد فى نص التقنين العراقى ان يطلب الدائن من القضاء ترخيصا في أن يقوم بهذه الازالة على نفقة المدين ، ولكن ليس فى المبادىء العامة للتقنين العراقى ما يمنع من هذا الطلب) •

التقنين المدنى الاردنى م ٣٥٩ (مطابقة للمادة ٢١٢ من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٥٠ فقرة ٣ : كما يحق له ان يطلب ازالة ما أجرى خلافا لموجب الامتناع ، وذلك على حساب المديون . (ولا فرق فى الحكم بين التقنينين اللبنانى والمصرى) •

التقنين المدنى الكويتى م ٢٩١ (مطابقة للمادة ٢٢٣ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الاردنى م ٣٥٩ (مطابقة للمادة ٢٢٣ من التقنين المدنى المصرى ، مع اختلاف طفيف فى الصيغة) .

٤٣٩ — أمثلة للالتزام بالامتناع عن عمل : والالتزام بالامتناع عن عمل له أمثلة كثيرة . فبائع المتجر قد يلتزم بعدم منافسة المشترى فى المتجر الذى باعه منه ، فيكون التزامه بعدم المنافسة التزاما بعدم المنافسة التزاما بالامتناع عن عمل . واذا استخدم مهندس فى مصنع ، وتعهد المهندس ألا يعمل فى مصنع منافس ، فهذا أيضا التزام بالامتناع عن عمل ، ومقدم العمال اذا التزم ألا يقدم عمالا غير منتمين لنقابتهم يكون قد التزم بالامتناع عن عمل . والممثل أو المغنى اذا تعهد ألا يمثل أو ألا يغنى فى غير مسرح معين يكون قد التزم بالامتناع عن عمل . كذلك البائع والمؤجر يتعهد كل منهما بعدم التعرض للمشترى أو للمستأجر ، فهذا التزام بالامتناع عن عمل . وفى كل هذه الأمثلة نرى الالتزام بالامتناع عن عمل مصدره العقد .

وقد يكون مصدر هذا الالتزام هو القانون . فالجار ملتزم ألا يضر بجاره ضررا فاحشا ، فهذا التزام قانونى بالامتناع عن عمل . والطبيب والمحامى ملتزمان بعدم افشاء سر المهنة ، والتزامهما مصدره القانون . والالتزام بعدم الاثراء على حساب الغير التزام قانونى بالامتناع عن عمل ، يترتب على الاخلال به مسئولية الاثراء بلا سبب.

والالتزام بالامتناع عن عمل ، كالالتزام بنقل حق عينى ، هو التزام بتحقيق غاية . ومن ثم يكون الالتزام بعدم الاضرار بالغير عن خطأ ، وهو التزام ببذل غاية ، ليس التزاما بالامتناع عن عمل ، اذ هو فى حقيقته التزام باتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الاضرار بالغير فهو التزام بعمل (١) .

٤٤٠ — الاخلال بالالتزام بالامتناع عن عمل : وما دام المدين ممتنعا عن العمل الذى التزم بالامتناع عنه ، فهو قائم بتنفيذ التزامه

---

(١) انظر آنفا فقرة ٤٢٤ فى الهامش .

تنفيذا عينيا ، ويتغير الموقف اذا أخل بهذا الالتزام ، وأتى العمل الممنوع • عند ذلك لا يكون هناك مجال الا للتعويض • أما التنفيذ العينى نفسه فقد أصبح مستحيلا بمجرد الاخلال بالالتزام (١) •

وقد لا يمكن الا التعويض النقدى • مثل ذلك اذا أفشى المحامى أو الطبيب سر المهنة ، ففى مثل هذه الحالة لا يكون أمام الدائن الا أن يطالب بتعويض نقدى •

وقد يكون التعويض عينيا لا نقديا ، ويتم ذلك بازالة المخالفة التى وقعت اخلالا بالالتزام • والفرق بين التنفيذ العينى والتعويض العينى أن الأول يكون قبل وقوع الاخلال بالالتزام فيكون هناك تنفيذ عينى للالتزام عن طريق عدم الاخلال به ، والثانى يكون بعد وقوع الاخلال بالالتزام فازالة المخالفة تكون هى التعويض العينى • مثل ذلك أن يضر الجار بجاره ضررا فاحشا باقامة حائط يسد عليه منافذ النور والهواء ، عند ذلك يجوز للدائن أن يطلب التعويض العينى بازالة هذا الحائط ، فاذا امتنع المدين عن الازالة ، جاز للدائن أن يطلب من القضاء ازالة الحائط على نفقة المدين (٢) • وهذا ما تنص عليه المادة ٢١٢ وقد تقدم ذكرها • ويلاحظ هنا أن الدائن لايحق له، حتى فى حالة الاستعجال ، أن يقوم بالازالة دون استصدار حكم على أن يرجع الى القضاء بعد ذلك ، خلافا لما رأيناه فى الالتزام بنقل حق عينى وفى الالتزام بعمل حيث يكون له هذا الحق • ذلك أن ازالة ما وقع مخالفا للالتزام بالامتناع عن عمل أمر لا يخلو من العنف ،

---

(١) هذا اذا كان العمل الممنوع عملا واحدا لا يتكرر . أما اذا كان عملا يتكرر ، فللقاضى ان يأمر باتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع تكرار الاخلال بالالتزام ، اذا كان هذا ممكنا . وفى هذه الحالة يكون المنع تنفيذا عينيا للالتزام عن المستقبل (ديموج ٦ فقرة ١٤٥ ص ١٥٢) .

(٢) وليس من الضرورى ان يجيب القاضى الدائن الى طلبه ، بل للقاضى سلطة التقدير ، فقد يرى من المناسب الاقتصار على الحكم بتعويض نقدى (أنظر فى هذا المعنى ديموج ٦ فقرة ١٤٦ ص ١٥٥) .

فلا يصح للدائن أن يتولاه بنفسه دون استصدار حكم بذلك ، وهنا نرى المبدأ القاضى ألا يستأدى الدائن حقه (se faire justice) يطبق تطبيقا دقيقا • وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصا يبيح للدائن أن يزيل ما وقع مخالفا للالتزام دون استصدار حكم بذلك على أن يرجع الى القضاء بعد ازالة المخالفة ، ولكن هذا النص حذف فى لجنة المراجعة للاعتبارات المتقدمة الذكر (١) •

وكثيرا ما يكون هذا التعويض العينى غير كاف لتعويض الضرر تعويضا كاملا ، فيضاف اليه تعويض نقدى • ففى مثل الحائط الذى أقامه الجار اضرارا بجاره وأزيل على نفقته بحكم من القضاء ، يلاحظ أن الازالة وحدها قد لا تكفى اذ يغلب أن يكون الجار قد أصابه ضرر من قيام الحائط المدة التى كان فيها قائما ، وهذا الضرر لا علاج له الا التعويض النقدى ، فيحكم القاضى بازالة الحائط وبتعويض نقدى عما حدث من الضرر للجار اذا كان هناك مقتض لذلك •

ويلاحظ أخيرا أن التعويض العينى ، حتى اذا كان ممكنا ، قد يكون مرهقا للمدين ولا ينجم عن الاقتصار على التعويض النقدى ضرر جسيم يلحق الدائن • مثل ذلك أن يقيم الجار بناء فيجور بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة ، فللمحكمة فى هذه الحالة ، بدلا من أن تأمر بازالة البناء ، أن تقتصر على تعويض صاحب الأرض الملاصقة تعويضا نقديا ، بأن ينزل هذا عن ملكية الجزء المشغول بالبناء فى نظير تعويض عادل (م ٩٢٨ مدنى) وقد سبق تفصيل ذلك (٢) •

---

(١) انظر آنفا ، فى تاريخ نص المادة ٢١٢ ، فقرة ٤٣٨ فى الهامش .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « اذا التزم المدين بالامتناع عن عمل ، فمجرد اخلاله بالتزامه يرتب مسئوليته ، ويكون بذلك ملزما بأداء تعويض نقدى . وقد يكون الوفاء العينى (اقرأ التعويض العينى) ممكنا من طريق ازالة ما استحدث اخلالا بالالتزام ، وفى هذه الحالة يكون للدائن أن يستصدر اذنا من القضاء =

ويصح أيضا الالتجاء الى طريق التهديد المالى اذا تكرر الاخلال بالالتزام ، أو كان هذا الاخلال مستمرا ، وذلك الى أن يزيله المدين بنفسه .

الفرع الثانى

وسائل التنفيذ العينى

٤٤١ — **كيف يكون التنفيذ العينى :** رأينا فيما تقدم أن التنفيذ العينى قد يكون اختيارا يقوم به المدين طوعا ، وهذا هو الوفاء (paiement) ، وسنبسط أحكامه عند الكلام فى انقضاء الالتزام فى الجزء الثالث من هذا الكتاب .

وقد يكون التنفيذ العينى جبرا على المدين . وهنا تختلف وسائله :

١ — فأكثر ما يكون بالتنفيذ القهرى ، فتقوم السلطة العامة باجبار المدين على تنفيذ التزامه . والسلطة العامة لها أعوان تزودهم بالسلطة اللازمة لهذا الاجبار ، وأهم هؤلاء الأعوان هم المحضرون . فاذا كان لدى المدين سند تنفيذى بحقه ، وامتنع المدين عن أداء هذا الحق طوعا ، استطاع الدائن أن يكلف أحد المحضرين باجبار المدين على التنفيذ قهرا (manu militari) ، كأن يجبره على تسليم

= بأن يقوم بهذه الازالة على نفقة المدين ، واخيرا تحسن الاشارة الى امرين : اولهما جواز الجمع بين التنفيذ (التعويض) العينى والتعويض النقدى عند اول اخلال يقع من المدين . والثانى جواز العدول عن التنفيذ (التعويض) العينى ولو كان ممكنا والاكتفاء بالتعويض النقدى وفقا لاحكام الفقرة الثانية من المادة ٢٧٩ (م ٢٠٣ فقرة ٢ مدنى) اذا كان يصيب المدين من جراء التنفيذ على هذا الوجه ضرر فادح » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٢٣٥) . انظر ايضا المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٨ .

الأرض التى التزم بتسليمها للدائن .والغالب أن يكون التنفيذ القهرى عن طريق الحجز على أموال المدين (١) .

٢ ــ وقد يقوم الدائن نفسه بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين اذا كان تدخل المدين الشخصى غير ضرورى فى هذا التنفيذ ، ويرجع الدائن بعد ذلك الى القضاء على النحو الذى فصلناه فيما تقدم .

٣ ــ وقد يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ العينى اذا سمحت طبيعة الالتزام بذلك ، كما رأينا فى الالتزام بالتصديق على الامضاء ونحوه مما سبق بيانه .

٤ ــ وقد يتكفل القانون نفسه باجراء التنفيذ العينى فتنتقل ملكية العين المعينة الى الدائن بحكم القانون فى الالتزام بنقل الملكية ، كما رأينا فيما مر .

وهناك وسيلتان أخريان للتنفيذ العينى لم يسبق لنا تفصيلهما ،

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن تنفيذ الاحكام الجائز تنفيذها مؤقتا يكون على مسئولية طالب التنفيذ وحده ، اذ يعد اجراء التنفيذ مجرد رخصة للمحكوم له ان شاء انتفع بها وان شاء تربص حتى يحوز الحكم قوة الشىء المحكوم فيه ، فاذا لم يتريث المحكوم له واقدم على تنفيذ الحكم وهو يعلم أنه معرض للالغاء عند الطعن فيه فانه يكون قد قام بالتنفيذ على مسئوليته بغير تبصر فيتحمل مخاطره اذا ما الغى الحكم ، ويصبح التنفيذ بغير سند من القانون بما يلزم طالب التنفيذ باعادة الحال الى ما كانت عليه وتعويض الضرر الذى قد ينشأ عن التنفيذ . (نقض مدنى فى ٢٣ من مايو سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ رقم ١٦١ ص ١٠٨٤) .

كما قضت محكمة النقض بأن المحضر الذى يباشر التنفيذ أو غيره ممن اجاز القانون ان يجرى التنفيذ الجبرى بواسطتهم ، انما يقومون بذلك التنفيذ بناء على توجيه من الخصوم لهذه الاجراءات ، فاذا ما عين الخصوم اجراءات التنفيذ التى يطلبون اتخاذها ، اعتبر المحضر او من يباشر اجراء التنفيذ الجبرى ممن اجاز لهم القانون ذلك ، وكلاء عن طالب التنفيذ الذى يسأل مسئولية مباشرة عن توجيه هذه الاجراءات فيما لو ترتب على ذلك الاضرار بالغير .. (نقض مدنى فى ١٤ من ابريل سنة ١٩٧٠ — مجموعة أحكام النقض — السنة ٢ رقم ٩٨ ص ٦١١) .

فنفردهما الآن بالبحث ، وهما : (أولا) الاكـراه البـدنى (ثانيا) التهديد المالى .

المبحث الأول

الاكـراه البـدنى

(Contrainte par corps)

٤٤٢ ـ التنفيذ عن طريق الاكراه البدنى وتطوره ـ القـانون الرومانى والقانون الفرنسى : كان المدين فى العصور القـديمة يلتزم بالدين فى جسمه لا فى ماله . فكان القانون الرومانى القديم يبيح لدائن أن يتملك المدين الذى لا يفى بدينه ، فيسترقه ، بل ويقتله . ثم تطور القانون الرومانى ، فلم يصبح لدائن الا حق حبس المدين واجباره على العمل لمصلحته . ثم تحول الالتزام من الجسم الى المال ، فلم يصبح للدائن الا حق التنفيذ على أموال المدين .

على أن حبس المدين فى الدين ، كاجراء تهديدى للضغط عليـه واجباره على الوفاء بدينه اذا كان قادرا على ذلك ، بقى مدة طويلة ، وانتقل الى التقنين المدنى الفرنسى نفسه ، فنصت المواد ٢٠٥٩ الى ٢٠٧٠ من هذا التقنين على التنفيذ بطريق الاكراه البدنى ، وفى أى الديون يكون ذلك [١] . ونصت المـواد ١٢٦٥ الى ١٢٧٠ من التقنين المدنى الفرنسى على طريقة يتفادى بها المدين الاكراه البـدنى ، وهى

---

(١) كان الحبس يجوز فى بعض الديون المدنية التى تتسم بطـابع الغش ، وفى جميع الديون التجارية اذا بلغ الدين مائتين من الفـرنكات (قانون ١٥ جرمنيال السنة السـادسة للثورة وقانون ١٧ أبريل سـنة ١٨٣٢) ، وفى المواد الجنائية . وكان اهم غرض يتوخى من الاكراه البدنى هو للضغط على المدين القادر على الوفاء بدينه حتى يخرج ما أخفى مـن ماله ، أو على كل حال حتى يعاونه اهله على الوفاء بدينه .

النزول عن جميع أمواله (cession de biens) يستولى الدائنون على ريعها ويبيعونها لاستيفاء حقوقهم ، ولا تبرأ ذمة المدين الا بقـــدر ما استوفى الدائنون من هذه الحقوق .

وبقى الأمر على هذه الحال فى القانون الفـــرنسى حتى ألغى التنفيذ بطريق الاكراه البدنى فى المواد المدنية والتجارية بقانون ٢٢ يوليه سنة ١٨٦٧ ، ولم يبق له تطبيق الا فى المواد الجنائية (١) .

٤٤٣ — التنفيذ عن طريق الاكراه البدنى فى القـــانون المصرى :
أما فى القانون المصرى فالاكراه البدنى ، سواء فى التقنين السابق أو التقنين الجديد ، غير جائز . ذلك أن فكرة الاكراه البـــدنى — حتى باعتبارها وسيلة للضغط على المدين القادر على الوفاء — تخالف المبادىء المدنية الحديثة . فالمدين يلتزم فى ماله لا فى شخصه ، وجزاء الالتزام تعويض لا عقوبة . فحبس المدين فى الدين رجوع بفكرة الالتزام الى عهدها الأول ، حيث كان المدين يلتزم فى شخصه ، وحيث كان القانون القانون الجنائى يختلط بالقانون المدنى فيتلاقى معنى العقوبة مـــع معنى التعويض فى الجزاء الواحد (٢) .
على أن الاكراه البدنى فى القانون المصرى — ولو أنه غير جـــائز

---

(١) وذلك فى الغرامة (amende) والرد (restitution) والتعويضات (dommages-intérêts) والمصروفات (frais). فكل تعويض عن جريمة يجوز حبس المدين للوفاء به ، حتى لو كانت المحكمة التى قضت بالتعويض هى محكمة مدنية ، بشرط أن يصدر حكم بادانة المدين من محكمة جنائيـــة (كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ٣٠٧) .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٤٣٦ — اما فى الفقه الاسلامى — فى المذهب الحنفى — فيرى أبو حنيفة عدم جواز بيع مال المدين عليه وفاء لديونه ، لان فى البيع الجبرى اهدارا لآدميته ، ولكن يحبس المدين فى الدين عـــلى سبيل التغرير . ويرى الصاحبان بيع مال المدين عليه ، وقولهما هو المفتى به المفتى به فى المذهب . راجع فى حبس المدين فى الدين فى القانون اللبنانى الدكتور صبحى المحمصانى فى آثار الالتزام فى القانون اللبنانى ص ٥٣ — ص ٥٤ .

فى المواد المدنية والمواد التجارية ـ جائز فى بعض المواد الشرعية وفى المواد الجنائية .

٤٤٤ ـ الاكراه البدنى فى دين النفقة والحضانة والرضاع والمسكن : نصت المادة ٣٤٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أنه « اذا امتنع المحكوم عليه من تنفيذ الحكم الصادر فى النفقات أو فى أجرة الحضانة أو الرضاع أو المسكن ، يرفع ذلك الى المحكمة الجزئية التى بدائرتها محل التنفيذ ، ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به ، وأمرته ولم يمتثل ، حكمت بحبسه ولايجوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوما . اما أذا ادى المحكوم عليه ما حكم به أو أحضر كفيلا ، فانه يخلى سبيله . وهذا لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطريق الاعتيادية » .

ويستخلص من هذا النص أن حبس المدين فى الدين جائز بالشروط الآتية :

١ ـ أن يكون الحكم المراد تنفيذه صادرا فى نفقة أو فى أجرة حضانة أو رضاع أو مسكن .

٢ ـ أن يكون المحكوم عليه قادرا على القيام بما حكم به ، وقد أمرته المحكمة بذلك فلم يمتثل . ويؤخذ من هذا الشرط أن الحبس ليس الا وسيلة للضغط على المدين القادر على الوفاء بديونه ، وانما يمتنع عن الوفاء تعنتا ، فالحبس يراد به التغلب على هذا التعنت من جانب المدين .

٣ ـ أن يصدر حكم بحبس المدين من المحكمة الجزئية الشرعية التى بدائرتها محل التنفيذ .

٤ ـ ألا تزيد مدة الحبس على ثلاثين يوما ، يخلى سبيله بعد انتهائها ، أو قبل انتهائها اذا أثمر الضغط على المدين فأدى ما حكم به أو أحضر كفيلا (١) .

---

(١) اسماعيل غانم . المرجع السابق فقرة ١٣ .

ويلاحظ أن حبس المدين فى هذه الحالة لا يعفيه من تنفيذ الحكم عليه بطريق الحجز على ماله • فالحبس اذن ليس الا اكراها بدنيا غير مبرىء للذمة •

٤٤٥ ـ **الاكراه البدنى فى المسائل الجنائية** : نصت المادة ٥١١ من تقنين الاجراءات الجنائية على أنه « يجوز الاكراه البدنى لتحصيل المبالغ الناشئة عن الجريمة المقضى بها للحكومة ضد مرتكب الجريمة ، ويكون هذا الاكراه بالحبس البسيط » •

والمبالغ الناشئة عن الجريمة المقضى بها للحكومة ضد مرتكب الجريمة هى : ١ ـ الغرامة ٢ ـ المصاريف والرد والتعويضات للحكومة • ولابد أن تكون هذه المبالغ ناشئة عن الجريمة ، ولو كانت المحكمة التى أصدرت الحكم الجنائى لجنة ادارية لها اختصاص قضائى• فاذا قضى ببراءة المتهم مع الحكم بالتعويض ، أو حكم بتعويض مدنى من محكمة مدنية دون حكم جنائى بالعقوبة من محكمة جنائية ، أو نال المحكوم عليه عفوا أو اعادة اعتبار ، أو سقطت العقوبة بمضى المدة (م ٥٣٤ اجراءات جنائية) ، فلا تكون المبالغ فى هذه الحالات ناشئة عن الجريمة ولا يجوز فيها الاكراه البدنى • كذلك لا يحكم بالاكراه البدنى على من تقل سنه عن خمس عشرة سنة وقت ارتكاب الجريمة ولا على من حكم لمصلحته بوقف التنفيذ (م ٥١٢ اجراءات جنائية)• أما التعويضات الواجبة لمدع مدنى غير الحكومة ، فيجوز لاستيفائها صدور حكم من محكمة الجنح التى بدائرتها محل المحكوم عليه بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة شهور ، اذا ثبت للمحكمة قدرة المدين على الوفاء وأمرته فلم يمتثل ، وهذا بخلاف المبالغ المقضى بها للحكومة فلا يشترط فيها لا اليسار ولا صدور حكم •

والاكراه البدنى فى الغرامة يبرىء ذمة المدين : عشرة قروش عن كل يوم ، فالاكراه البدنى هنا هو احلال عقوبة الحبس محل عقوبة

الغرامة . أما الاكراه البدنى فى المصروفات والرد والتعويضات ، سواء للحكومة أو لغيرها ، فانه لا يبرىء ذمة المدين ، انما هو مجرد ضغط عليه لاجباره على الوفاء . ومن ثم يجوز التنفيذ على ماله بعد الاكراه البدنى .

وللحبس فى الاكراه البدنى مدد قصوى نصت عليها المادة ٥١١ من تقنين الاجراءات الجنائية . ويجوز ابدال الحبس بعمل يدوى أو صناعى (م ٥٢٠ اجراءات جنائية) ، فيستنزل من المبالغ المستحقة للحكومة من الغرامة والمصاريف والرد والتعويضات ما يقابل شغل المحكوم عليه باعتبار مبلغ عشرة قروش عن كل يوم (م ٥٢٣ اجراءات جنائية) . ونرى من ذلك أن الحبس اذا كان لا يبرىء الذمة فى المصروفات والرد والتعويضات المستحقة للحكومة ، فانه اذا استبدل به عمل يدوى أو صناعى كان هذا العمل مبرئا للذمة على النحو المتقدم (١) .

المبحث الثانى

التهديد المالى *

(Les astreintes)

٤٤٦ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢١٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

---

(١) انظر فى الاكراه البدنى فى المواد الجنائية الاستاذ على زكى العرابى فى المبادىء الاساسية للاجراءات الجنائية جزء ٢ فقرة ٩٣٨ — فقرة ٩٧٤ .

* **مراجع :** ماسان (Massin) فى التنفيذ الجبرى للالتزام بعمل والالتزام بالامتناع عن عمل رسالة من باريس سنة ١٨٩٣ — كرواسان (Croissant) فى التهديد المالى رسالة من باريس سنة ١٨٩٨ — تيرلان (Turlan) فى التهديد المالى رسالة من تولوز سنة ١٩٢٥ — جليز (Gleizes) فى التهديد المالى رسالة من مونبيليه سنة ١٩٣٥ — كينيو (Cunéo) فى التهديد المالى رسالة من باريس سنة ١٩٥٠ — كايزر (Kayser) بمقال فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٥٣ ص ٢٠٩ وما بعدها .

« ١ — اذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه ، جاز للدائن أن يحصل على حكم بالزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية ان امتنع عن ذلك » •

« ٢ — واذا رأى القاضى أن مقدار الغرامة ليس كافيا لاكراه المدين الممتنع عن التنفيذ ، جاز له أن يزيد فى الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة » •

وتنص المادة ٢١٤ على ما يأتى :

« اذا تم التنفيذ العينى أو أصر المدين على رفض التنفيذ ، حدد القاضى مقدار التعويض الذى يلزم به المدين ، مراعيا فى ذلك الضرر الذى أصاب الدائن والعنت الذى بدا من المدين » (١) •

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢١٣ : ورد هذا النص فى المادتين ٢٩٠ و ٢٩١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد • ووافقت عليهما لجنة المراجعة تحت رقمى ٢١٩ و ٢٢٠ من المشروع النهائى • ووافق عليهما مجلس النواب • وفى لجنة الشيوخ ادمجت المادتان فى مادة واحدة وأصبح رقمها ٢١٣ ، وفسرت عبارة « غير ملائم » بالممثل الذى التزم بعدم التمثيل على مسرح آخر ثم اخل بالتزامه ، فالتنفيذ العينى هنا ممكن ولكنه غير ملائم • ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما اقرتها لجنته (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣٦ — ص ٥٣٨) •

م ٢١٤ : رود هذا النص فى المادة ٣٩٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد فيما عدا ان المشروع التمهيدى اشتمل على لفظ « نهائيا » بعد عبارة « حدد القاضى » ، واستعمل لفظ « التعنت » بدلا من لفظ « العنت » • واقرت لجنة المراجعة المشروع التمهيدى بعد حذف لفظ « نهائيا » • وقد سأل احد الأعضاء فى اللجنة هل الحكم بالغرامة التهديدية يكون قابلا للتنفيذ اذا كان صادرا من محكمة آخر درجة أو كان الحكم الأصلى مشمولا بالنفاذ المعجل ؟ وبعد المناقشة استقر راى اللجنة على ان الحكم بالغرامة التهديدية لا يكون قابلا للتنفيذ الا بعد أن يحدد القاضى نهائيا قيمة التعويض وان فائدة الحكم بالغرامة التهديدية بالنسبة الى الحكم بالتعويض العادى تنحصر فى أن التحديد النهائى للتعويض فى حالة الغرامة التهديدية يلحظ فيه التعنت الذى يبدو من المدين ، هذا الى انه اذا اصر المدين على رفض التنفيذ كان هذا كافيا ليحدد القاضى نهائيا مقدار التعويض • واصبح رقم المادة (هو ٢٢١ فى المشروع النهائى • ووافق عليها مجلس النواب ، وكذلك لجنة مجلس الشيوخ بعد استبدال لفظ «العنت» بلفظ «العنت» ، واصبح رقم =

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن أحكام التهديد المالى كما هى مبسوطة فى التقنين المدنى الجديد كان معمولا بها قضاء فى عهد التقنين السابق ، وليست نصوص التقنين الجديد الا تقنينا لأحكام هذا القضاء (١).

وتقابل هذه النصوص فىالتقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادتين ٢١٤ — ٢١٥ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٢٥٣ — ٢٥٤ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٢١٦ — ٢١٧ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢٥١ ، وفى

= المادة هو ٢١٤ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣٩ — ص ٥٤١) .

(١) وكان القضاء المصرى فى عهد التقنين السابق — كالقضاء الفرنسى حتى الآن — يجرى أحكام التهديد المالى دون نص تشريعى . وعانى القضاء المصرى ، كما يعانى القضاء الفرنسى ، فى سبيل التماس سند تشريعى لم يكن موجودا . فقنن التقنين المدنى الجديد هذا القضاء فى النصوص التى تقدم ذكرها ، فارتكز نظام التهديد المالى فى التقنين الجديد على أساس تشريعى واضح . وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « من المعلوم أن القضاء المصرى كثيرا ما عانى فى سبيل التماس سند من التشريع لنظام الغرامات التهديدية وازاء ذلك عمد المشروع الى اقرار هذا النظام اقرارا تشريعيا ، فاختصه بمواد ثلاث ، ليست فى حقيقتها الا تقنينا لما انتهى اليه القضاء فى هذا الشأن . ويقصد من اعمال نظام الغرامات التهديدية الى حمل المدين على الوفاء عينا بالتزام يمتنع تنفيذه بغير تدخله شخصيا ، فاذا امتنع المدين عن الوفاء بمثل هذا الالتزام ، حكم القاضى عليه بغرامة تهديدية ليثنيه عن عناده ، وعلى أن يعيد النظر فى حكمه عندما يستبين ما استقر عليه رأى المدين . ويعتبر القاضى فىتقدير التعويض النهائى بما يكون من أمر ممانعة المدين فى التنفيذ تعنتا وعنادا من غير مقتض » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٨) .

وتقول المذكرة الايضاحية أيضا فى موضع آخر : « لعل اهم ما عيب على نظام الغرامات التهديدية ، فى وضعه الراهن ، أنه لايستند الى نص من نصوص التشريع ، بل هو وليد اجتهاد القضاء . وقد قصد المشروع الى تدارك هذا العيب ، فأورد هذه المواد الثلاث باعتبارها سندا تشريعيا يركن اليه عند التطبيق ، وهى بعد ليست الا تقنينا لما جرى عليه القضاء من قبل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣٩) .

التقنين المدنى الكويتى المادة ٢٩٢ (١) • ولا مقابل لهـــذا النص فى التقنين المدنى الاردنى •

ونتكلم فى مسألتين : (أولا) شروط الحكم بالتهديد المالى ومميزاته وطبيعته وسنده القانونى (ثانيا) أثر الحكم بالتهديد المالى •

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الاخرى : التقنين المدنى السورى** م ٢١٤ ــ ٢١٥ (مطابقتان لنص المادتين ٢١٣ و ٢١٤ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى م ٢٥٣ (مطابقة فى الحكم للمادة ٢١٣ من التقنين المصرى ، الا ان المادة ٢٥٣ من التقنين العراقى لم تورد الفترة الثانية من المادة ٢١٣ من التقنين المصرى التى تجيز للقاضى أن يزيد فى الغرامة كلما راى داعيا للزيادة ــ ولكن لا يوجد ما يمنع القاضى العراقى من زيادة الغرامـــة التهديدية ان راى داعيا لذلك ، فان هذه هى طبيعة الغرامة التهديدية بالرغم من عدم ورود نص فى هذا الشأن : انظر الدكتور حسن الذنون فى أحـــكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢٨ ص ٢٤ ــ ويذهب الدكتـــور الذنون الى أن وسيلة التهديد المالى لاتنسجم مع روح القانون ولا مع قـــواعد العدالة انظر ص ٢٥) •

[illegible] م ٢٥٤ (مطابقة فى الحكم للمادة ٢١٤ من التقنين المصرى ، وتكاد تكون مطابقة لها فى اللفظ ايضا) •

التقنين المدنى الليبى م ٢١٦ ــ ٢١٧ (مطابقتان للمادتين ٢١٣ ــ ٢١٤ من التقنين المدنى المصرى) •

التقنين المدنى الكويتى م ٢٩٢ بفقراتها الثلاث (مطابقـــة للمـــادتين ٢١٣ ــ ٢١٤ من التقنين المدنى المصرى) •

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٥١ : غير انه لا يمكن تطبيق هذه المعاملة (التنفيذ العينى) عـــلى الموجبات التى يستلزم ايفاؤها عينا قيـــام المديون نفسه بالعمل . فيحق للدائن حينئذ أن يطلب الحكم عـــلى المديون بغرامة عن كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر يتأخـــر فيـــه أو كل نكـــول يرتكبه ، رغبة فى اكراه المديون المتمرد واخرجـــه من الجمـــود . وبعـــد تنفيذ الموجب عينا يحق للمحكمة أن تعفي من الغرامة أو أن تبقى منها مـــا يعرض الدائن من الضرر الذى لحقه بسبب الامتناع غير المشروع الذى بدا من المديون . (والحكم واحد فى التقنين البنانى والتقنين المصرى رغم اختلاف العبارة ــ ويقول الاستاذ صبحى المحمصانى فى كتابه آثار الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٧ أن الفترة الثانية من المادة ٢١٣ مصرى « زيادة الغرامة التهديدية اذا وجد داع للزيادة » وان لم ترد صراحة فى القانون اللبنانى ، الا أنها تدخل دلالة فى معنى الغرامة التهديدية التى هى بطبعها حكم موقـــوت تتوقف نتيجته على موقف المدين النهائى ازاء التنفيذ العينى المطلوب ، لذلك كانت الغرامة قابلة للتعديل بحسب ما يراه القاضى ضروريا لتنفيذ الغـــاية المقصودة ، وهى اكراه المدين على التنفيذ العينى فى التزام العمل) .

المطلب الأول

شروط الحكم بالتهديد المالى ومميزاته وطبيعته وسنده القانونى•

٤٤٧ – معنى التهديد المالى : تتلخص وسيلة التهديد المالى ، وفقا للنصوص التى تقدم ذكرها ، فى أن القضاء يلزم المدين بتنفيذ التزامه عينا فى خلال مدة معينة ، فاذا تأخر فى التنفيذ كان ملزما بدفع غرامة تهديدية عن هذا التأخر ، مبلغا معينا عن كل يوم أو كل أسبوع أم كل شهر أو أية وحدة أخرى من الزمن ، أو عن كل مرة يأتى عملا يخل بالتزامه ، وذلك الى أن يقوم بالتنفيذ العينى أو الى أن يمتنع نهائيا عن الاخلال بالالتزام • ثم يرجع الى القضاء فيما تراكم على المدين من الغرامات التهديدية ، ويجوز للقاضى أن يخفض هذه الغرامات أو أن يمحوها بتاتا (١) •

ومما تقدم نستطيع أن نستخلص : ١ – شروط الحكم بالتهديد المالى ٢ – ومميزات هذا الحكم ٣ – وطبيعته ٤ – والسند القانونى الذى يقوم عليه •

---

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٤٣٨ – وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى : « وتسرى قواعد الغرامات التهديدية على كل التزام بعمل أو بامتناع عن عمل ، أيا كان مصدره ، متى كان الوفاء به عينا لا يزال فى حدود الامكان ، وكان هذا الوفاء يقتضى تدخل المدين نفسه • والغرامة التهديدية هى مبلغ من المال يقضى بالزام المدين بأدائه عن كل يوم أو اسبوع أو شهر أو أية فترة معينة من الزمن ، أو عن كل اخلال يرد على الالتزام • ويقصد من هذه الغرامة الى التغلب على ممانعة المدين المتخلف ، ولهذا أجيز للقاضى أن يزيد فيها ازاء تلك الممانعة كلما آنس أن ذلك أكفل بتحقيق الغرض المقصود (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٠) •

ويلاحظ أن التهديد المالى يرمى الى حمل المدين على التنفيذ العينى اذا التزامة التزاما بعمل ، وان حمله على التعويض العينى اذا كان التزامه كان التزامه بالامتناع عن عمل واخل بهذا الالتزام • ويستوى فى هذا الصدد من الناحية العملية ، التنفيذ العينى والتعويض العينى ، ومن ثم لا نرى بأسا من اطلاق عبارة « التنفيذ العينى » على كل من التنفيذ العينى والتعويض العينى •

٤٤٨ ــ شروط الحكم بالتهديد المالى : يشترط فى الالتجــاء الى وسيلة التهديد المالى والحكم بغرامة تهديدية الشروط الآتية : (أولا) أن يكون هناك التزام امتنع المدين عن تنفيذه مع أن تنفيذه العينى لا يزال ممكنا (١) • (ثانيا) أن يكون التنفيذ العينى لهذا الالتزام يقتضى تدخل المدين الشخصى ، والا كان التنفيذ غير ممكن أو غير ملائم • (ثالثا) أن يلجأ الدائن الى المطالبة بتوقيع غرامة تهديدية على المدين كوسيلة غــير مباشرة للتنفيذ العينى •

٤٤٩ ــ الشرط الاول ــ التزام امتنع المدين عن تنفيذه مــع أن تنفيذه العينى لايزال ممكنا : لابد أن يكون هناك التزام امتنع الدائن عن تنفيذه • فاذا لم يوجد التزام فلا محل للتهديد المالى • ومن ثم لا يجوز الالتجاء الى التهديد المالى لاجبار المدعى عليه على الحضور الى المحكمة، فانه غير ملزم بالحضور ، وقد نظم تقنين المرافعات ما يترتب عـــلى غيابه من نتائج (٢) • ثم لابد من أن يكون المدين ممتنعا عن تنفيـــذ التزامه ، بأن تطلب اليه المحكمة هذا التنفيذ فلا يمتثل • أما اذا امتثل فلا محل للحكم عليه بتهديد مالى ، وكذلك اذا حكم عليه فبادر الى تنفيذ التزامه فى الميعاد الذى حددته المحكمة فلا يسرى عليه هذا الحكم لان سريانه مشروط بعدم التنفيذ •

---

(١) فاذا كان الالتزام التزاما بالامتناع عن عمل واخــــل به المدين ، فيشترط ان يكون التعويض العينى عن الاخلال بالالتزام لايزال ممكنا . وقد تقدم أن التعويض العينى يعدل التنفيذ العينى فى هذا الصدد ، وان عبـــارة « التنفيذ العينى » قد يقصد بها التعويض العينى .

(٢) ديموج ٦ فقرة ٥٠٩ ص ٥٤٥ ــ ٥٤٦ ــ بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٨ ص ١٠٠ ــ كذلك لا يحكم بغرامة تهديدية على متهم لاجباره على أن يذكر اسماء شركائه ، اذ لايوجد عليه التزام قانونى بذلك (كايزر فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٥٣ ص ٣٢٠ ــ الأستاذ اسماعيل غانم فى احكام الالتزام فقرة ٥٤ ص ٧٢ ــ ومع ذلك انظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٨ ص ٩٩) ــ هذا ويجوز أن يكون المدين الذى يحكم عليه بغرامة تهديدية هو الدولة ذاتها كمصلحة التليفونات ، أو شـــخص من اشخاص القانون العام كاحدى الجامعات أو احد المجالس البلدية . (انظر فريجافيل (Zréjaville) فى انسكلوبيدي داللوز ١ لفظ Astreinte فقرة ٣٤) .

ولابد أن يكون الالتزام لا يزال ممكنا تنفيذه عينا • أما اذا أصبح تنفيذه العينى مستحيلا ، كأن هلك الشيء المطلوب تسليمه أو أتى المدين العمل الذى التزم بالامتناع عنه ولم يعد فى الاستطاعة الرجوع فى ذلك ، فلا محل للالتجاء الى التهديد المالى ، فان الالتجاء الى هذا الطريق انما هو تهديد للمدين حتى يقوم بالتنفيذ ، وقد أصبح هذا التنفيذ مستحيلا ، ومن ثم أصبح التهديد المالى غير ذى موضوع (١) •

٤٥٠ – الشرط الثانى – تدخل المدين ضرورى والا كان التنفيذ غير ممكن أو غير ملائم : ويشترط ثانيا أن يكون تدخل المدين الشخصى ضروريا لتنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا ، بحيث ان هذا التنفيذ يصبح من غير تدخل المدين غير ممكن أو غير ملائم (٢) • ونستعرض من هذه الناحية الالتزام بنقل الملكية والالتزام بالعمل والالتزام بالامتناع عن العمل •

ففى الالتزام بنقل الملكية اذا كان محل الالتزام عينا معينة ، انتقلت ملكيتها بحكم القانون الى الدائن كما رأينا ، فأصبح الالتزام منفذا ولا حاجة للتهديد المالى • كذلك اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود فلا حاجة فى تنفيذ هذا الالتزام الى تهديد مالى ، لأن تنفيذه عينا دون تدخل المدين ممكن عن طريق الحجز على اموال المدين (٣) •

---

(١) فاذا كان هناك التزام بتقديم مستندات مثلا ، وثبت ان هذه المستندات قد أعدمت ، فلا محل للحكم بغرامة تهديدية ، وانما يقضى بالتعويض اذا توافرت شروطه . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بانه لا محل للحكم بتهديد مالى اذا اصبح التنفيذ العينى مستحيلا ببيع العين المرفوع بشأنها دعوى الاستحقاق (١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٠٤) اسماعيل غانم المرجع السابق فقرة ١٥ . وينطبق نفس الحكم اذا اصبح تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا غير ممكن ولوكان ذلك بخطأ المدين .

(٢) فان أمكن التنفيذ العينى دون تدخل المدين الشخصى ، فلا محل للالتجاء الى التهديد المالى : استئناف مختلط ٢٤ ابريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٣٠ – ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٨٥ – ٢١ مارس سنة ١٩١٨ جازيت ٨ رقم ٢٣٠ ص ٢٥٥ – ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١٠٩ – أول مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢١٦ .

(٣) قارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٨ ص – وانظر ديموج ٦ فقرة ٥٠٩ ص ٥٤٦ .

بمعنى الالتزام بنقل ملكية شيء لم يعين الا بنوعه ، وفى اغلب احوالــه يمكن التنفيذ العينى دون تدخل المدين بأن يحصل الدائن على حـــكم بالتنفيذ على نفقة المدين كما رأينا ، وفى الحالات النادرة التى لابد فيها من تدخل المدين ليكون التنفيذ العينى ممكنا أو ملائما يجوز للدائن أن يلجأ الى وسيلة التهديد المالى (١) .

والالتزام بعمل هو الميدان الذى يتسع عادة للتهديد المالى (٢) . ففى نطاق المعاملات المدنية حيث يكون التنفيذ العينى للالتزام دون تدخل المدين غير ممكن أو غير ملائم ، يجوز الالتجاء الى التهديد المالى ، كما هو الأمر فى الالتزام بتقديم حساب (٣) ، وفى الالتزام بتقـــديم مستندات ، وفى الالتزام بالقيام بعمل فنى كغناء أو تمثيل أو تصوير (٤) ،

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٨ ص ٩٨ — مثل ذلك ان يكون الشيء الذى لم يعين الا بنوعه وتعهد المدين بنقل ملكيته نادر الوجود ، ويكون من اليسير نسبيا على المدين ان يعثر عليه ، فيحكم عليه بغرامة تهديدية اذا لم يقم بتنفيذ التزامه عينا (فريجافيل : انسيكلوبيدى داللوز ١ astreinte فقرة ٢٣) .

ويفسر القضاء الفرنسى فكرة عدم الملاءمة تفسيرا واسعا ، فيكفى ان يكون التهديد المالى من شأنه ان يجعل تنفيذ الالتزام عينا ابسط فى الاجراءات من التنفيذ القهرى حتى يلجأ اليه القضاء ، ذاهبا الى ان التنفيذ القهرى فى هذه الحالة يكون غير ملائم ، والواقع ان التنفيذ القهرى ملاءم ولكن التهديد المالى اكثر ملاءمة (نقض فرنسى ١٤ مارس سنة ١٩٢٧ داللوز الأسبوعى ١٩٢٧ — ٢٧٤ — ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٠ داللوز الاسبوعى ١٩٣٠ — ٦٠٥ — انظر فى هذا المعنى فريجافيل : انسيكلوبيدى داللوز astreinte فقرة ٢٤) .

(٢) استئناف مختلط ٣ ابريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨٧ .

(٣) استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٠٢ .

(٤) استئناف مصر ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ١٩٢٦ ٤ ص ٤٥٢ .

ويلاحظ انه اذا تعهد كاتب لناشر بكتابه رواية ، او اذا تعهد رســـام لعميل برسم لوحة فنية ، فلا يجوز اجبار الكاتب او الرسام عـــــلى تنفيذ التزامه بتسليم الرواية او اللوحة عن طريق الالتجاء الى الغرامة التهديدية او التهديد المالى . فللمؤلف او الرسام على نتاج عمله حقان : حق مالى يخوله وحده استغلال نتاج نشاطه الذهنى استغلالا ماليا ، وحق ادبى يرمى الى تمكين المؤلف من صياغة ما توصل اليه ذهنه . ومن خصائص الحق الادبى ان =

وفى التزام شركات الاحتكار بتقديم خدماتها للمستهلكين كاعادة المواصلة التليفونية وتوصيل التيار الكهربائى ، وفى الالتزام باخلاء عين مؤجرة أو تسليمها • وبعض هذه الالتزامات غير ممكن التنفيذ عينا دون تدخل المدين ، وبعضها تنفيذه غير ملائم دون هذا التدخل ، ويكون فى اكراه المدين على التدخل حجر على الحرية الشخصية • وفى نطاق الأحوال الشخصية يجوز الالتجاء الى التهديد المالى فى الالتزام بتسليم الأولاد الى من له حق حضانتهم (١) ، وفى التزام الزوجة أن تذهب الى محل الطاعة ، وهذان التزامان يمكن تنفيذهما جبرا على المدين ـ وينفذان فعلا على هذا النحو فى كثير من الاحوال فى المحاكم الشرعية ـ ولكن التنفيذ القهرى يكون عادة غير ملائم ، فيصح الالتجاء الى التهديد المالى (٢) •

وفى الالتزام بالامتناع عن عمل قد يكون الاخلال بالالتزام من شأنه أن يجعل التعويض العينى مستحيلا ، فلا يكون هناك محل للتهديد المالى • مثل ذلك أن يفشى الطبيب أو المحامى سر المهنة ، فيتعين فى هذه الحالة الاقتصار على الحكم بالتعويض • أما اذا كان التعويض العينى ممكنا ولكن عن طريق تدخل المدين الشخصى كوسيلة ضرورية أو ملائمة، جاز الالتجاء الى التهديد المالى • مثل ذلك التزام الممثل بألا يمثل فى

= للمؤلف وحده حق تقرير نشر مصنفه أو عدم نشره • وفى اللجوء الى الغرامة التهديدية لاكراهه على النشر خروج على هذه القاعدة • بيد أن ذلك لا يعنى ان للمؤلف الاحتماء وراء هذا الحق الادبى للتخلص من تنفيذ التزاماته عينا ، اذا كان السبب فى عدم تنفيذه لالتزامه بتسليم المخطوط هو رغبته فى التعامل مع ناشر آخر • فعندئذ يجوز اجباره عينا على تنفيذ التزامه اذ انه يكون متعسفا فى استعمال ما له من حق • اسماعيل غانم المرجع السابق فقرة ١٧٥ ، محمد على عمران المدخل للعلوم القانونية طبعة سنة ١٩٧٢ فقرة ١١٢ • عبد المنعم البدراوى المرجع السابق فقرة ٢٥ •

(١) وقد اصبح الاخلال بهذا الالتزام جريمة جنائية فى فرنسا بقانون ٦ ديسمبر سنة ١٩٠١ •

(٢) أنظر فى تنفيذ هذين الالتزامين فى فرنسا عن طريق التهديد المالى بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٤٤٧ •

مسرح معين (١) ، والتزام المهندس بالا يعمل فى مصنع منافس ، وانتزام بائع المتجر بالامتناع عن منافسة المشترى ، فانه يجوز الحكم فى هذه الحالات على المدين بغرامة تهديدية عن كل مرة يأتى فيها بالأمر الممنوع أو حتى يكف بتاتا عن هذا الأمر . ويلاحظ هنا أن الغرامة التهديدية تلتبس بالتعويض ، فقد تكون هذه الغرامة تعويضا عن الضرر الذى يصيب المدين من جراء اخلال المدين بالتزامه فى كل مرة . ويمكن مع ذلك تمييز الغرامة التهديدية عن التعويض بمقدار المبلغ المحكوم به ، فاذا تبين أنه يقارب التعويض عن الضرر الناجم عن الاخلال بالالتزام بعد أن يذكر القاضى عناصر هذا الضرر فى أسباب حكمه ، كان هذا المبلغ تعويضا ، والا فهو غرامة تهديدية (٢)

٤٥١ ـ الشرط الثالث ـ الدائن الى المطالبة بالتهديد المالى :
والرأى الراجح أنه يجب أن يطالب الدائن بالتهديد المالى ، فلا يجوز أن تقضى المحكمة من تلقاء نفسها بغرامة تهديدية على المدين اذا لم يطلب الدائن منها ذلك (٣) . على أن هناك رأيا يذهب الى جواز أن تقضى

---

(١) أنظر تاريخ نص المادة ٢١٣ آنفا فقرة ٤٤٦ فى الهامش ـ بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٤٤٧ .

(٢) بلانيول وريبير وردون ٧ فقرة ٧٨٨ ص ١٠١ ـ ديموج ٦ فقرة ٥١٣ ـ وقد يكون تدخل المدين ضروريا فى تنفيذ الالتزام ، ومع ذلك لايجوز اجبار المدين على التدخل ، فلا يصح الالتجاء فى هذه الحالة الى التهديد المالى . مثل ذلك أن يكون الامر متعلقا بحق المؤلف الأدبى ، كما اذا تعهد مؤلف لناشر أن يضع كتابا يقوم الثانى بنشره ، ثم قرر المؤلف أن العمل الذى أنتجه غير جدير بالعرض على الجمهور كعمل صادر منه ، فلا يجوز للناشر اجباره على هذا العرض عن طريق التهديد المالى . ولكن اذا كان المؤلف قد اتفق مع ناشر آخر ، مخلا بالتزامه مع الناشر الاول ، فانه يجوز اجباره على التنفيذ العينى عن هذا الطريق (الأستاذ اسماعيل غانم فى احكام الالتزام فقرة ٥٦) .

(٣) أنظر فى هذا المعنى كولان وكابيتان ومور أنديير ٢ فقرة ١٧٧ ص ١٣٤ ـ ص ١٣٥ ـ بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٩ ص ١٠٢ ـ مازو فقرة ٢٥٠٧ رقم ١٠ .

المحكمة من تلقاء نفسها بالغرامة التهديدية اذا وجدت أن شروطها متوافرة (١) .

ومهما يكن من أمر ، فللدائن أن يطلب الحكم بالغرامة التهديدية فى أية حالة كانت عليها الدعوى . بل ويجوز له أن يطلب ذلك لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، ولا يعتبر هذا الطلب جديدا (٢) .

وللمحكمة ، اذا طلب الدائن منها الحكم بغرامة تهديدية ، سلطة التقدير فى أن تجيبه الى هذا الطلب أو ألا تجيبه اليه ، وهذا على فرض أن شروط التهديد المالى متوافرة (٣) . ولا تخضع المحكمة فى استعمال سلطة التقدير هذه لرقابة محكمة النقض ، اذ هى تقضى فى مسألة موضوعية . أما أن للتهديد المالى شروطا يجب توافرها حتى يجوز الحكم بغرامة تهديدية ، فهذه مسألة قانون تخضع محكمة الموضوع فيها لرقابة محكمة النقض .

ويجوز لأية جهة متخصصة الحكم بالغرامة التهديدية : محكمة مدنية ، أو محكمة تجارية ، أو محكمة جنائية تقضى فى التزام مدنى (٤) . ويجوز لقاضى الأمور المستعجلة أن يحكم بغرامة تهديدية لتنفيذ حكم فى الموضوع تنفيذا عينيا ، ومن باب أولى يجوز له أن يقضى بغرامة تهديدية لتنفيذ الحكم المؤقت الذى يصدره هو . ولكن تحويل الغرامة التهديدية الوقتية الى تعويض ، على النحو الذى سنبسطه ، ليس من

---

(١) انظر فى هذا المعنى كينيو فقرة ٤٧٠ ـ الاستاذ اسماعيل غانم فى احكام الالتزام فقرة ١٨ ص ٢٨ ـ وقارب ديموج ٦ فقرة ٥١٠ ـ فقرة ٥١١ ـ فريجانيل فى انسيكلوبيدي داللوز ١ (astreintes) فقرة ٢١ .

(٢) ديموج ٦ فقرة ٥١٠ ص ٥٤٧ .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٩ ص ١٠٢ .

(٤) ولا يجوز لمجلس الدولة فى فرنسا ان يقضي على الحكومة بغرامة تهديدية ، لأنه لا يستطيع ان يصدر لها امرا (فريجانيل : انسلكوبيدى داللوز ١ (astreintes) فقرة ٣٨) .

اختصاص قاضى الأمور المستعجلة ، بل هــو مــن اختصــاص قاضى الموضــوع (١) .

٤٥٢ ـ **مميزات الحكم بالتهديد المالى** : ويمكن الآن أن نستخلص مميزات الحكم بالتهديد المالى ، فهى ثلاثة :

(أولا) يقدر التهديد المالى عن كل وحدة من الزمن يتأخر فيــها المدين عن تنفيذ التزامه ، أو عن كل مرة يخل فيها بالتزامه ، ولا يقدر مبلغا مجمدا دفعة واحدة (٢) . وذلك حتى يتحقق معنى التهديد ، فان المدين يحس أنه كلما طال وقت تأخره عن التنفيذ كلما زاد مبلغ الغرامة التهديدية المحكوم بها (٣) .

(ثانيا) التهديد المالى تحكمى (arbitraire) لا مقياس له الا القدر الذى يرى القاضى أنه منتج فى تحقيق غايته ، وهى اخضــاع المدين وحمله على أن يقوم بتنفيذ التزامه عينا . فلا يشــترط فيه أن يكون مقاربا للضرر الذى يصيب الدائن من جراء عدم تنفيذ الالتزام ، بل انه لا يشترط للحكم به وجود ضرر أصلا . فليست غايته التعويض عــن الضرر ، بل الضغط على المدين وتهديده حتى يقوم بتنفيــذ التزامه . فينظر القاضى اذن ، لا الى الضرر ، بل الى موارد المدين المالية وقدرته على المطاولة والمضى فى عدم تنفيذ التزامه ، فيقدر مبلغا يكون من شأنه أن يؤدى فى النهاية بالمدين الى الرضوخ والاذعان ، ويكون عادة أكبر

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٠ ــ ولا نرى مانعا من أن تحكم محكمة شرعية أو مجلس ملى بغرامة تهديدية فى مسائل الحضانة والطاعــة بدلا من الحكم بالتنفيذ القهرى (manu militari) . ويجوز من باب أولى ، بعد الغاء هذه المحاكم وتوحيد القضاء ، أن يصدر حكم بــذلك من دوائر الاحوال الشخصية التى استحدثت فى المحاكم الموحدة .

(٢) وكان فى بداية الأمر فى فرنسا يقدر مبلغا مجمدا (بلانيول وريبيــر وردوان ٧ فقرة ٧٨٧ ص ٩٧ ــ ديموج ٦ فقرة ٥٠٧ ص ٥٤٢) .

(٣) الموجز للمؤلف فقرة ٤٣٩ ص ٤٣٣ .

من الضرر بكثير (١) . ومن ثم نصت الفقرة الثانية من المادة ٢١٣ على أنه « اذا رأى القاضى أن مقدار الغرامة ليس كافيا لاكراه المدين الممتنع من التنفيذ ، جاز له أن يزيد فى الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة » . فللقاضى اذن اذا قدر فى البداية مبلغا ، ثم رآه غير كاف للتغلب على عناد المدين ، أن يزيد فى هذا المبلغ الى القدر الذى يراه كافيا . ولا يمنع من ذلك حجية الأمر المقضى ، فان الحكم بالتهديد المالى لا يحوز هذه الحجية كما سنرى (٢) .

(ثالثا) التهديد المالى حكم وقتى وتهديدى (provisoire et comminatoire) ويترتب على ذلك ما يأتى :

١ ــ الحكم بالتهديد المالى لا يكون نهائيا واجب التنفيذ ، حتى لو صدر من محكمة آخر درجة ، أو كان الحكم الاصلى مشـــمولا بالنفاذ المعجل ، بل يبقى الحكم معلقا على رأس المدين ، مهددا له ليحمله على تنفيذ التزامه ، ولا يجوز تنفيذه الا اذا تحول الى تعويض نهائى كما سيأتى (٣) .

---

(١) انظر مع ذلك استئناف مختلط ١٦ ابريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢١٩ ــ ٢٨ ابريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٦ (حيث يعتبر التهديد المالى حكما بتعويض مقدر سلفا عن المستقبل (ad futurum) وسنعود للاشارة الى ذلك) ــ اسماعيل غانم المرجع السابق فقرة ١٩ ــ عبد المنعم البدراوى المرجع السابق فقرة ٢٧ .

(٢) وفى احدى القضايا فى فرنسا (نقض فرنسى اول ديسمبر سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٨ ــ ١ ــ ٢٨٩) زيدت الغرامة التهديدية من مائة فرنك فى اليوم الى عشرة آلاف من الفرنكات (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقــرة ٧٩١ ص ١٠٥) .

(٣) انظر آنفا تاريخ نص المادة ٢١٤ فقرة ٤٤٦ فى الهامش ــ ديموج ٦ فقرة ٥١٤ ـ بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٥ مكرر ثالثا ـ الموجز للمؤلف فقرة ٥١٤ ــ بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٥ مكرر ثالثا ــ الموجز للمؤلف ــ ٧ يونيه سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٢٠ ــ ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٦١ ــ اسكندرية الكلية الوطنية ١٦ يناير سنة ١٩٣٢ المحـــــاماة ١٢ ص ١٠٢٥ . بل ولايجوز حجز ما للمدين لدى الغير بمقتضى غرامة تهـــــديدية (الاستاذ عبدالحى حجازى فى النظرية العامة للالتزام ٣ ص ص ١٩٠ ــ ص =

٢ - ما دام المدين لم يخط خطوته الحاسمة فى تنفيذ الالتزام أو فى الاصرار على تنفيذه ، فان مصير الحكم بالتهديد المالى يبقى غير مبتوت فيه ، فلا يطلب من المدين مثلا أن يدمج الغرامة التهديدية فى عرض حقيقى للدين المترتب فى ذمته (١) ، ولا تدخل هذه الغرامة ضمن الطلب الأصلى لتقدير قيمة الدعوى من حيث النصاب الجائز استئنافه (٢) .

٣ - لايجوز الحكم بالتهديد المالى حجية الامر المقضى (٣) ، لانه حكم وقتى تهديدى كما قدمنا . فيجوز أولا أن يزيد فيه القاضى اذا رآه غير كاف كما سبق القول . ويجوز ثانيا ، عند تحويله الى تعويض نهائى ، أن ينقص منه أو يلغيه كله ، مراعيا فى ذلك الضرر الذى أحاق بالدائن كما سنرى .

٤ - الحكم بالتهديد المالى لا يكون قابلا للطعن فيه بطريق النقض، حتى لو صدر من محكمة آخر درجة . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يقبل الطعن بطريق النقض فى الحكم الصادر بعدم جواز استئناف

= ١٩٢). ويذهب جانب من الفقه فى فرنسا - وهو رأى ضعيف - الى القول بامكان تنفيذ الغرامة التهديدية . وشايع جانب من القضاء الفرنسى ما ذهب اليه الفقه فى هذا الشأن . وحجتهم فى ذلك أن نظام التهديد المالى يكون اكثر فاعلية اذا ما قلنا بامكان التنفيذ بها من جهة . ومن جهة اخرى فان الحكم بالغرامة التهديدية يولد لصالح المحكوم له حقا محله مبلغ من النقود تتوافر له كل الشروط اللازمة لاجراء التنفيذ فهذا الحق موجود وحال الاداء ومعين المقدار ، اذ أن المحكمة عندما تقضى بها تحدد رقما معينا عن كل فترة زمنية. وأما اذا كان هذا التعيين مؤقتا فان هذا التوقيت لا يمنع من التنفيذ . وتبعا لأن مقدار الغرامة يتوقف نهائيا على الحكم بالتعويض ، لذلك فأن الدائن ينفذ به تحت مسئوليته اذ انه قد يتعرض لاعادة جزء من حصيلة التنفيذ بعد صدور الحكم بالتعويض النهائى .

راجع Savatier (jean) L'execution des condamnations au payement d'une astreinte D. 1951–ch. p 37-40-D 1963 p24.

وراجع أيضا فتحى والى التنفيذ الجبرى طبعة سنة ١٩٨٠ فقرة ٧١ ص ١٢٥ - ومحمد عبد الخالق عمر فى مؤلفه التنفيذ الجبرى بند ١٣٥ ص ١٣٢ .

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٣٤٩ ص ٤٣٤ .

(٢) مصر الكلية الوطنية ٢٤ مارس سنة ١٩٠٨ الحقوق ٢٤ ص ٨٤.

(٣) استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ص ٣٩ .

حكم ابتدائى قضى بالزام مصلحة الضرائب بتقديم الملف الفردى مع الزامها بغرامة تهديدة فى حالة عدم التنفيذ ، بحجة أنه حكم قطعى ، ذلك لأن الحكم المستأنف لم ينه الخصومة الأصلية أو جزءا منها ، وانما قضى باجراء فيها ، أما احتواؤه على الغرامة التهديدية فليس من شأنه أن يجعله هو أو الحكم الاستئنافى المطعون فيه حكما وقتيا فى معنى المادة ٣٧٨ من تقنين المرافعات (١) .

٤٥٣ — **طبيعة الحكم بالتهديد المالى** تبين مما قدمناه أن الغرامة التهديدية ليست تعويضا فهى لا تقاس بمقياس الضرر ولا تتوقف عليه اطلاقا ، واذا حكم القاضى بغرامة تهديدية لا يسبب حكمه بخلاف الحكم بالتعويض فانه واجب التسبيب : وقد كان القضاء الفرنسى فى بداية الامر يخلط ما بين التهديد المالى والتعويض عمدا حتى يجد سندا قانونيا للتهديد المالى ، ثم ما لبث أن ميز تمييزا واضحا ما بين الاثنين (٢) .

والغرامة التهديدية ليست عقوبة خاص (peine privée) وان كانت تشبه العقوبة . والفرق بينهما أن العقوبة نهائية يجب تنفيذها كما نطق بها : أما الغرامة التهديدية فهى شىء وقتى كما قدمنا ولا تنفذ الا عندما تتحول الى تعويض نهائى ، وهى فى هذا التحول قد تنتقص أو تلغى : فالذى ينفذ فى الواقع من الأمر ليس هو الغرامة التهديدية الوقتية بل هو التعويض النهائى (٣) .

---

(١) نقض مدنى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٢ رقم ٢٣٣ ص ٩٤٢ .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٢ — وقد وصل هذا التمييز الى حد ان تقضى المحكمة فى حكم واحد بتعويض نهائى عن الضرر الذى وقع فى الماضى وبغرامة تهديدية لحمل المدين على تنفيذ التزامه فى المستقبل (نقض فرنسى ٧ فبراير سنة ١٩٢٢ جازيت دى تريبينو ١٩٢٢ — ١ — ٢١٤ — ديموج ٦ فقرة ٥١٢ ص ٥٤٩) .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٣ — وقارن الموجز للمؤلف فقرة ٤٤١ .

وانما الغرامة التهديدية وسيلة للضغط على المدين والتغلب على عناده حتى يحمل على تنفيذ التزامه (١) • فهى اذن وسيلة من وسائل التنفيذ العينى الجبرى • وهى وسيلة غير مباشرة (٢) ، تتفق فى هذا مع الاكراه البدنى الذى هو أيضا وسيلة غير مباشرة ، وتختلف عن التنفيذ القهرى وهو وسيلة مباشرة • ولما كانت الغرامة التهديدية وسيلة غير مباشرة ، فهى قد تنجح وقد لا تنجح تبعا لما انتهى اليه المدين من تنفيذ التزامه أو الأصرار على عدم التنفيذ (٣) •

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى : « ويتضح مما تقدم أن الغرامة التهديدية ليست ضربا من ضروب التعويض ، وانما هى طريق من طرق التنفيذ رسمها القانون ، وقصر نطاق تطبيقها على الالتزامات التى يقتضى الوفاء بها تدخل المدين نفسه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٠) • وجاء فى الموجز للمؤلف : « وسنرى أن المدين لا يحكم عليه فى آخر الامر الا بتعويض مناسب لما أصاب الدائن من الضرر • ومع ذلك يبقى التهديد المالى لاجبار المدين على التنفيذ ، لان الحكم عليه بتهديد مالى من شأنه أن يلقى فى نفسه القلق والانزعاج ، اذ لايعرف على وجه الدقة المبلغ الذى سيحكم به القاضى نهائيا على سبيل التعويض • ثم هو من جهة أخرى يعلم أن مبادرته الى تنفيذ التزامه تجعل القاضى أكثر استعدادا لرفع التهديد المالى عنه أو لتخفيفه الى درجة كبيرة ، وأن اصراره على عدم التنفيذ من شأنه أن يجعل القاضى متشددا فى تقدير التعويض ، ويزيد التعويض كلما كان الاصرار لا مبرر له ، وقد ينتهى الامر بالحكم عليه نهائيا بكل المبلغ الذى حكم عليه به مبدئيا على سبيل التهديد . كل هذه الاعتبارات من شأنها أن تجعل التهديد المالى وسيلة ناجعة لاجبار المدين على القيام بتنفيذ التزامه ، دون أن يكون هناك حجر على حريته الشخصية » (الموجز ص ٤٣٣ هامش رقم ١) •

(٢) استئناف مختلط ٣ ابريل ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨٧ — اول مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢١٦ •

(٣) ديموج ٦ فقرة ٥١١ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٤ — وقد رتب القضاء الفرنسى على أن الغرامة التهديدية انما هى وسيلة غير مباشرة للتنفيذ وليست تنفيذا مباشرا انها تسرى من وقت صدور الحكم الابتدائى بها ، حتى لو كان هذا الحكم غير قابل للتنفيذ واستؤنف فصدر حكم استئنافى يؤيده . أما القضاء المصرى فيجعلها تسرى من وقت صدور الحكم الاستئنافى لا من وقت صدور الحكم الابتدائى ، فهى أمر من المحكمة لا يبدأ سريانه الا من وقت صيرورته نهائيا . وقد جاء فى الموجز للمؤلف فى هذا المعنى : « وقد كان من مقتضى ذلك — اى من مقتضى أن التهديد المالى أمر — الايبدأ سريان الحكم =

٤٥٤ — **السند القانونى للتهديد المالى** : لا يوجد فى التقنين المدنى الفرنسى ولا فى التقنين المدنى المصرى السابق نص يصلح أن يكون سنداً تشريعيا للحكم بالغرامة التهديدية .

وقد استند القضاء الفرنسى ، بطريق غير مباشر ، الى المادة ١٠٣٦ من تقنين المرافعات الفرنسى ، وهى تقضى بأنه « يجوز للمحاكم ، فى القضايا التى تعرض عليها وتمشياً مع ما توحيه الظروف من الخطورة ، أن تصدر أوامر (injonctions) ولو من تلقاء نفسها ، وأن تعدم أوراقا مكتوبة تعلن أنها قد تضمنت قذفا ، وأن تأمر بطبع أحكامها ونشر هذه الأحكام » . فالحكم الصادر بالغرامة التهديدية هو أمر (injonction) يصدر من المحكمة ، بما لها من سلطة الأمر (imperium, judicia ardinatoria) لا بما لها من ولاية الحكم ، (jurisdiction) judicia decisoria) للمدين المتعنت الممتنع عن تنفيذ التزامه بتنفيذ هذا الالتزام ، فان لم يفعل فجزاؤه على العصيان غرامة تهديدية (١) .

= بالتهديد المالى الا من وقت صيرورة هذا الامر نهائيا ، فاذا استؤنف حكم بتهديد مالى ، وجب انتظار الفصل النهائى من محكمة الاستئناف ، حتى يعلم المدين أن الأمر بالتنفيذ قد تأيد نهائيا ولا مناص من الطاعة . مثل ذلك أن يصدر حكم بالزام المدين بالتنفيذ العينى فى مدة شهر والا دفع مبلغا معينا عن كل يوم يتأخر فيه عن التنفيذ ، ثم يستأنف هذا الحكم ، ويستغرق نظره فى الاستئناف مدة أربعة أشهر ، ثم تؤيد محكمة الاستئناف الحكم الابتدائى . فى مثل هذه الحالة يجب اعطاء المدين مهلة شهر للتنفيذ العينى ، وتسرى هذه المهلة من وقت صدور حكم الاستئناف لا من وقت صدور الحكم الابتدائى . وبهذا تقتضى المحاكم المصرية (استئناف أهلى ٢٢ يناير سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ص٥٨ — محكمة الاسكندرية الكلية الوطنية ١٦ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ص١٢٢٥ — استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٨٧٩ المجموعة الرسمية المختلطة ٤ ص ٩٧ — ٢١ مايو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٩٦) . ولكن محكمة النقض الفرنسية تجعل المهلة تسرى من وقت صدور الحكم الابتدائى (١٥ نوفمبر سنة ١٨٨١ داللوز ٨٢ — ١ — ١٣٤) مخالفة فى ذلك أحكام المحاكم الاستئنافية والابتدائية الفرنسية (باريس الاستئنافية ١٢ فبراير سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩٠٩ — ٢ — ١١٣ — السين الابتدائية ١٥ يوليه سنة ١٩٠٩ داللوز ٩١١ — ٢ — ٣٠٣) » (الموجز ص ٤٣٦ هامش رقم ٢) .

(١) أسمتان فى مقال له فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٠٣ ص ٥ — ص ٥٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٤٧٩ مكررة .

ولا شك فى أن النص الذى استند اليه القضاء الفرنسى انما قصد بـه بسط سلطة القاضى فى ادارة الجلسة ، والتهديد المالى حكم موضوعى لا علاقة له بادارة الجلسة . ولا شك فى القضاء الفرنسى قضاء اجتهادى لا سند له من النصوص التشريعية ، وأن نظرية التهديد المالى نظرية خلقها القضاء لا المشرع (١) .

وفى عهد التقنين المدنى السابق سار القضاء المصرى عـلى أثر القضاء الفرنسي فى اجتهاده فى الحكم بالتهديد المالى ، وفى اعتباره حكما

---

(١) وكثير من الفقهاء الفرنسين يذهبون الى عدم مشروعية التهديد المالى ، والى ان القضاء لا يستند فى ذلك الى أى أساس قانونى (ديمولومب ٢٤ فقرة ٤٩٦ — فقرة ٤٩٧ — لوران ١٦ فقرة ٣٠١ — هيك ٧ فقرة ١٣٦ — اوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٩ ص ٦١ — ص ٦٨ — بودرى وبارد ١ فقـرة ٤٧٩ — ديموج ٦ فقرة ٥٢٤ — فقرة ٥٢٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٥ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٤٤٨ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقـرة ١٦٥٣ — كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ١٧٧ — جوسران ٢ فقـرة ٦٠٠) .

على ان المشرع الفرنسى أصدر قانونا فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٢ ، خاصا بالمساكن الصغيرة ، وقد ورد فى الفقرة الثالثة من المادة السادسة من هذا القانون نص يرتب التزاما قضائيا ، وأجاز للقضاء أن يصدر حـكما تهديديا عن كل يوم يتأخر فيه الملتزم عن تنفيذ هذا الالتزام (à peine d'une astreinte pour chaque jour de retard) ، وفى هذا اقرار تشريعى لنظرية التهديد المالى فى مسألة معينة (الموجز للمؤلف ص ٤٣٧ هـامش رقم ١) . أنظر ايضا قانون ١٨ يوليه سنة ١٩٣٧ ، وقانون ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ ، وقانون ٢١ يوليه سنة ١٩٤٩ (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقـرة ٧٩٥ مكررة ثانيا ص ١١٢ هامش رقم ٢ وفقرة ٧٩٥ مكررة رابعا ص ١١٦ — ص ١١٧) .

وانظر فى ان القضاء البلجيكى لا يسلم بنظرية التهديد المالى دى باج ٣ فقرة ١٦١ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٥ مكررة ثانيا ص ١١٢ هامش رقم ١ . ولكن هذا القضاء يقر مشروعية التعويض عن المسـتقبل (ad futurum) يقدر سلفا اذا طلب الدائن ذلك مع اصطناع الحيطة فى هذا الطلب (دى باج ٣ فقرة ١٦٢ — فقرة ١٦٤) . وانظر فى عـدم التسليم بنظرية التهديد المالى فى أسبانيا والبرتغال وهولندا والأرجنتـين والبرازيل وسويسرا والمانيا : ديموج ٦ فقرة ٥٢٩ .

وقتيا تهديديا للقاضى تخفيضه أو الغاؤه (١) ٠

أما فى التقنين المدنى المصرى الجديد فقد وجد السند التشريعى لنظرية التهديد المالى فى النصوص التى تقدم ذكرها ، ولم نعد فى حاجة الى سند قانونى آخر ٠ على أن هذه النصوص ذاتها ليست كما قدمنا الا تقنينا للقضاء المصرى فى عهد التقنين المدنى السابق ٠

المطلب الثانى

اثر الحكم بالتهديد المالى

٤٥٥ — **موقف المدين من التهديد المالى** : اذا حكم على المدين بغرامة تهديدية ، فانما يقصد بذلك كما قدمنا الى الضغط عليه والتغلب على عناده حتى يذعن فيقوم بتنفيذ التزامه ٠

وهو فى النهاية أحد موقفين : اما أن يحدث التهديد المالى فيه أثره فيقلع عن عناده ويعمد الى تنفيذ التزامه (٢) ، واما أن يصر على موقفه ويصمم على ألا يقوم بتنفيذ الالتزام ٠

وفى الحالتين يكون الموقف قد تكشف نهائيا ، عن التنفيذ أو عدم التنفيذ ، فلم تعد هناك جدوى من استبقاء التهديد المالى بعد أن استنفد

---

(١) استئناف مختلط ٤ نوفمبر سنة ١٨٣٠ م ٤٣ ص ٩ — ٢٤ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٠٩ — والتون ٢ ص ٢٤٩ — ص ٢٥١ — الموجز فقرة ٤٤١ — على ان محكمة الاستئناف المختلطة قضت فى بعض احكامها بأن القضاء المختلط لايعترف بالتهديد المالى على اساس انه حكم وقتى تهديدى (astreinte comminatoire): بل يقره على اساس انه حكم بتعويض مقدر سلفا عن المستقبل (astreinte compenatoire) : استئناف مختلط ١٦ ابريل سنة ١٨٩٦ م ٨ص ٢١٩ — ٢٨ ابريل سنة ١٩٢٧م ٣٩ ص ٤١٦ (وانظر جبرييل بسطوروس فى تعليقاته على التقنين المدنى المختلط جزء ٢ ص ٢٤٨ هامش رقم ٣) ٠

(٢) هذا وقد يقوم المدين بتنفيذ الالتزام خشية تراكم الغرامة التهديدية لا لأنه راض بالحكم ، ولا يمنعه تنفيذ الالتزام فى هذه الحالة من استئناف الحكم ولا يحتج عليه بانه رضي به بسبب هذا التنفيذ (ديموج ٦ فقرة ٥١٦)٠

أغراضه • ومن ثم وجب النظر فى مصير الغرامة المالية وتحـويلها الى تعويض نهائى •

٤٥٦ - **تحويل الغرامة التهديدية الى تعويض نهائى** : وقـــد نصت المادة ٢١٤ كما رأينا على أنه « اذا تم التنفيـذ العينى أو أصر المدين على رفض التنفيذ ، حدد القاضى مقدار التعويض الذى يلـزم به المدين ، مراعيا فى ذلك الضرر الذى أصاب الدائن والعنت الذى بدا من المدين » • ويستخلص من هذا النص أنه لما كانت الغرامة التهديدية قد استنفدت أغراضها ، لم يعد بد من تحويلها الى تعويض نهائى • فيجب اذن أن يلجأ الدائن الى محكمة الموضوع طالبا تصفية الغرامة التهديدية والحكم على المدين بتعويض نهائى يستطيع أن ينفذ به عـلى أمواله ، فقد رأينا أن الغرامة التهديدية لا يستطيع أن ينفذ بها •

هـذا وليس ثمة ما يمنع الدائن مـن أن يطلب التنفيذ الجبرى للالتزام بعد أن يتبين أن التهديد المالى لم يثمر فى التغلب على عناد المدين • ويتحقق ذلك اذا كان التنفيذ القهرى دون تدخل المدين ممكنا وانما التجأ الدائن الى التهديد المالى لأن هذا التنفيذ غير ملائم ، فلما أصر المدين على عدم التنفيذ وكان التنفيذ القهرى لا يزال ممكنا ، جاز للقاضى أن يحكم به مع التعويض عن الضرر الذى أصاب الدائن من جراء التأخير فى هذا التنفيذ (١) •

٤٥٧ - **عناصر التعويض** : على أن القاضى فى الكثرة الغـــالبة من الأحوال لا يقضى بالتنفيذ القهرى ، وآلا كان قضى به منذ البداية بدلا

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٩ ص ١٠٢ - بل ويجوز أن يكون الالتزام مما يمكن للدائن نفسه أن ينفذه دون تدخل المدين ، ولكن الدائن لجأ الى التهديد المالى لكونه أكثر ملاءمة، فلما لم يجد قام الدائن بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين • فمتى تم التنفيذ على هذا الوجه يكون الموقف هنا أيضـا قد تكشف ، ويجب النظر فى تحويل الغرامة التهديدية الى تعويض نهـائى (ديموج ٦ فقرة ٥١٥) •

من أن يقضى بالتهديد المالى . وانما تقتصر مهمة القاضى فى الغالب على تحويل الغرامة التهديدية الى تعويض نهائى كما قدمنا .

وعناصر التعويض النهائى هى نفس عناصر التعويض العادى : ما أصاب الدائن من ضرر وما فاته من نفع من جراء عدم التنفيذ اذا كان المدين قد أصر على عدم التنفيذ ، أو من جراء التأخر فى التنفيذ اذا كان المدين قد رجع عن عناده وقام بتنفيذ التزامه .

على أن هناك عنصر جديدا — وهو العنصر البارز فى التعويض الذى يعقب التهديد المالى ، بل هو العنصر الذى يخرج التعويض عن معناه المألوف الى المعنى الذى يتفق مع فكرة التهديد المالى — يجب أن يدخله القاضى فى حسابه عند تقدير التعويض النهائى . هذا العنصر هو العنت الذى بدا من المدين . فيستطيع القاضى أن يزيد فى التعويض فى مقابل الضرر الأدبى الذى أصاب الدائن من جراء عناد المدين وتعنته واصراره على عدم تنفيذ التزامه أو تأخره المتعمد فى هذا التنفيذ .

ويلاحظ أن تعويض الدائن عن العنت الذى بدا من المدين يمكن أن يتحقق ، حتى لو كان المدين انتهى بعد تباطؤ الى القيام بتنفيذ التزامه ، فلا يزال هناك عنت من المدين أصاب الدائن بضرر أدبى ، فيجب تعويضه عنه . ولكن عنصر العنت انما يبرز أهميته فى حالة ما اذا كان المدين قد أصر على عدم التنفيذ ، اذ يكون العنت فى هذه الحالة أكثر وضوحا وأبلغ ضررا . هذا ولا يخفى ما للتعويض عن عنت المدين من أهمية بالغة ، فهو الذى يجعل للتهديد المالى مزية ليست له فى القانون الفرنسى حيث يقتصر القاضى على تقدير التعويض بقدر الضرر الذى أصاب الدائن دون أن يزيد شيئا ، فيعلم المدين مقدما أنه لن يحكم عليه بتعويض يزيد على الضرر ، ويفقد التهديد المالى مزيته ولا يصلح أداة للضغط على المدين والتغلب على عناده (١) . وقد أمكن فى التقنين المصرى الجديد اضافة عنصر العنت الى التعويض بفضل النص على

---

(١) ومن أجل ذلك يشكو الفقه الفرنسى من أن التهديد المالى ، فى الوضع الذى أقره القضاء ، ليس له تأثير كبير فى التغلب على عناد المدين . وقد ذهبت بعض المحاكم فى فرنسا ، حتى يكون للتهديد المالى التأثير المطلوب =

ذلك صراحة فى المادة ٢١٤ كما رأينا (١) . أما فى فرنسا فلا يوجد نص يسمح للقاضى باضافة هذا العنصر ، فلا يستطيع الا أن يلتزم القواعد العامة فى تقدير التعويض .

= الى ان تقضى بغرامة نهائية لا تكون قابلة للتخفيض ، ولكن محكمة النقض الفرنسية (نقض فرنسى ١٣ ابريل سنة ١٩٥١ جازيت دى باليه ١٩٥١ — ١ — ٢٢) ابت ان تقر هذا الموقف (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٥ مكررة) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : « بيد ان الحكم الصادر بالغرامة التهديدية حكم موقوت ، تنتفى علة قيامه متى اتخذ المدين موقفا نهائيا منه ، اما بوفائه بالالتزام واما باصراره على التخلف . فاذا استبان هذا الموقف ، وجب على القاضى أن يعيد النظر فى حكمه ليفصل فى موضوع الخصومة . فان كان المدين قد أوفى بالتزامه حط عنه الغرامة ازاء استجابته لما أمر به ، والزمه بتعويض عن التأخير لا أكثر . وان أصر المدين على عناده نهائيا ، قدر التعويض الواجب عن الضرر الناشئ عن عدم الوفاء ، ولكن ينبغى أن يراعى فى هذا التقدير ما يكون من أمر ممانعة المدين تعنتا باعتبار هذه الممانعة عنصرا ادبيا من عناصر احتساب التعويض . وفى هذا النطاق يتمثل لب نظام الغرامات المالية ومعقل القوة فيه » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٠) . ولا يؤخذ مما تقدم ان عنصر العنت لايحسب حسابه اذا أوفى المدين بالتزامه، كما يبدو من ظاهر العبارة الواردة فى المذكرة الايضاحية من ان الغرامة فى هذه الحالة تحط عن المدين ويلزم بتعويض عن التأخير لا أكثر . فانه اذا كان هذا هو الغالب ، الا ان ذلك لايمنع من ادخال عنصر العنت فى الحساب ، حتى لو اوفى المدين بالتزامه ولكن بعد تباطؤ ملحوظ ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك .

ويترتب على ان عنصر العنت الذى بدا من المدين منصوص عليه فى التقنين ان القاضى اذا اغفل هذا العنصر فى تقدير التعويض ، خضع لرقابة محكمة النقض ، اذ القانون يلزمه بمراعاة هذا العنصر ، فاذا هو لم يراعه كان هذا اخلالا منه بمسالة قانونية (أنظر الاستاذ عبد الحى حجازى فى النظرية العامة للالتزام جزء ٣ ص ١٨٨ — ص ١٨٩ — وانظر فى تقدير نظام التهديد المالى الاستاذ اسماعيل غانم فى احكام الالتزام فقرة ٥٨) .

ويلاحظ أن نظام الغرامة التهديدية قد يبدو لاول وهلة غير مجد ، اذ أن الحكم بالغرامة التهديدية حكم مؤقت يعاد النظر فيه حتما . ومادام التنفيذ به غير جائز ، فان المدين لن يعبأ به . بيد انه يلاحظ ان عنت المدين وعدم تنفيذه لما التزم به بالرغم من الحكم عليه بالغرامة التهديدية يدخل بلاشك فى تقدير مقدار التعويض . على انه ازيد لنظام التهديد المالى النجاح فلاتجب المغالاة فيه ، كما يجب ايضا على الحاكم الا تبالغ فى تقدير =

ومتى تم للقاضي تقدير التعويض النهائي على النحو الذي بسطناه ، قضى به على المدين ، واستطاع الدائن عندئذ أن ينفذ به على أموال المدين ، لا على أنه تهديد مالي ، بل على أنه تعويض نهائي . والغالب أن يكون هذا التعويض أقل من التهديد المالي (١) ، بل قد لا يرى القاضي في بعض الحالات وجها للحكم بتعويض ما لانعدام الضرر وعدم امعان المدين في العنت ، فيلغي الغرامة المالية دون أن يحل مكانها أي تعويض (٢) . على أن التعويض قد يكون في بعض الحالات معادلا للغرامة المالية ، لا سيما اذا أمعن المدين في العنت والاصرار على عدم تنفيذ التزامه ، فيستبقي القاضي التهديد المالي كما هو دون أن ينقصه ، ولكن التهديد المالي تتغير مع ذلك طبيعته فينقلب من تهديد مالي الى تعويض نهائي (٣) . ويجب على القاضي في جميع الأحوال ، عند تحويل التهديد المالي الى تعويض نهائي ، أن يسبب حكمه وأن يبين في الأسباب أن التعويض قد قيس بمقياس الضرر الذي أصاب الدائن ، وقد كان الحكم القاضي على المدين بدفع غرامة تهديدية غير مسبب كما سبق القول (٤) .

= مبلغ الغرامة التهديدية . وكلما اتسعت الهوة بين مقدار الغرامة التهديدية وبين مقدار التعويض عند التصفية ، قلت القيمة العملية للغرامة التهديدية . اسماعيل غانم . المرجع السابق فقرة ١٩ .

(١) والحكم القاضي بتخفيض الغرامة المالية لا يلغي التنبيه (commandement) ، ولكن يقصر أثره على المبلغ المخفض (استئناف مختلط ١٨ ابريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٦٦) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الاهلية بأنه يجوز للمحكمة أن تلغي الغرامة التهديدية التي قررت الزام خصم بها ، متى اتضح أن الخصم المذكور نفذ أمر المحكمة بعد الميعاد الذي حددته له بمدة قصيرة ، وأن هذا التأخر ناشيء عن عذر مقبول ، ولكن في هذه الحالة تلزمه بمصروفات الدعوى التي رفعها بطلب اعفائه من الغرامة (٣ فبراير سنة ١٩١٤ الشرائع ١ ص ٢٨٠) .

(٣) استئناف أهلي ١١ يونيه سنة ١٩١٧ الشرائع ٥ ص ٤٧ — بني سويف الكلية ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٤ ص ١٧٠ — المنيا الجزئية ٣١ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ ص ٨٥ — استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٣٩ — ١٨ ابريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٦٦ .

(٤) نقض فرنسي ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجلة الاسبوع القانوني =

الباب الثاني

التنفيذ بطريق التعويض

(Exécution par équivalent - Dommages - intérêts)

٤٥٨ — متى يكون التنفيذ بطريق التعويض : رأينا فيما تقدم متى يكون التنفيذ العينى للالتزام . ويمكن أن يستخلص من ذلك متى يكون تنفيذ الالتزام بطريق التعويض (١) .

فاذا أصبح التنفيذ العينى للالتزام العينى للالتزام مستحيلا بخطأ المدين ، لم يبق الا التنفيذ بطريق التعويض . ويعتبر التنفيذ العينى مستحيلا اذا كان هذا التنفيذ يقتضى تدخل المدين الشخصى ، وامتنع هذا عن التنفيذ ولم يجد التهديد المالى فى التغلب على عناده . وقد مر القول فى ذلك .

وحتى اذا كان التنفيذ العينى ممكنا دون تدخل المدين ، ولكن لم يطلبه الدائن ولم يتقدم المدين به ، فان التنفيذ بطريق التعويض يحل محل التنفيذ العينى كما رأينا .

وحتى اذا طلب الدائن التنفيذ العينى ، ولكن هذا التنفيذ كان مرهقا للمدين ، وكان عدم القيام به لا يعود بضرر جسيم على الدائن ، فان القاضى يقتصر على الحكم بتعويض ، وقد سبق تفصيل ذلك .

سنة ١٩٥١ ص ٦٠٨٩ — الاستاذ عبد الحى حجازى فى النظرية العامة للالتزام جزء ٣ ص ١٨٧ وهامش رقم ١ .

(١) وقد سبق أن رأينا أن التعويض ليس التزاما تخييريا أو التزاما بدليا وأن الالتزام ، سواء نفذ تنفيذا عينيا أو نفذ بطريق التعويض ، هو واحد لم يتغير ، والذى تغير هو محل الالتزام فبعد أن كان تنفيذا عينيا أصبح تعويضا ، فتبقى الضمانات التى كانت تكفل التنفيذ العينى كافلة للتعويض (أنظر آنفا فقرة ٤٠٩ والهوامش) .

ثم انه يجب للتنفيذ بطريق التعويض ، كما يجب للتنفيذ العينى ، اعذار المدين ، وسنتكلم تفصيلا فى الاعذار عند الكلام فى تقدير التعويض عن طريق القاضى •

٤٥٩ - التنفيذ بطريق التعويض يتناول كل التزام أيا كان مصدره : وكل التزام ، أيا كان مصدره ، يجوز تنفيذه عن طريق التعويض • فالالتزام العقدى ، سواء كان التزاما بنقل ملكية أو التزاما بعمل أو التزاما بالامتناع عن عمل ، يكون تنفيذه بطريق التعويض فى الحالات التى تقدم ذكرها فى الفقرة السابقة ، وبخاصة اذا أصبح التنفيذ العينى مستحيلا بخطأ المدين • ويصبح التنفيذ العينى مستحيلا فى الالتزام بنقل ملكية شىء معين اذا هلك هذا الشىء أو انتقلت ملكيته الى الغير (١) ، وفى الالتزام بعمل اذا انعدمت الوسائل اللازمة

---

(١) أما اذا كان الالتزام بنقل الملكية هو التزام بدفع مبلغ من النقود ، فالتنفيذ العينى والتعويض فيه يستويان ، لأن التعويض لايكون الا فى دفع المبلغ محل الالتزام فيتلاقى مع التنفيذ العينى ، اذ أن النقود لا تتعين بالتعيين •

فالالتزام بدفع مبلغ من النقود يكون اذن قابلا للتنفيذ العينى فى جميع الأحوال • ولا يمكن أن يقال هنا ان التنفيذ العينى يتحول الى تعويض ، فكلاهما شىء واحد ، والأولى أن نسمى هذا الشىء تنفيذا عينيا لا تعويضا لأن الأصل هو التنفيذ العينى . ولايكون هناك تعويض عن الالتزام بدفع مبلغ من النقود ، الا اذا كان تعويضا عن التأخر فى التنفيذ ، لا تعويضا عن عدم التنفيذ •

ولا يصح القول ان الالتزام بدفع مبلغ من النقود يصبح تنفيذه العينى مستحيلا اذا كان المدين معسرا ، فان استحالة التنفيذ العينى ليس معناها صعوبة استيفاء الدين لاعسار قد يعقبه يسار ، بل الاستحالة معناها عدم امكان التنفيذ مطلقا فى اى حال من الاحوال . ويترتب على ذلك أن الاعسار ، ولو كان بقوة قاهرة ، ليس سببا فى انقضاء الالتزام ، لأنه لا يجعل تنفيذه مستحيلا (الموجز للمؤلف فقرة ٤٤٢ ص ٤٣٧ هامش رقم ٣ — انظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٢٣) •

واذا كان البيع واردا على عقار ، وكان البائع قد تصرف فى المبيع الى مشتر ثانى وسجل هذا الاخير عقده ، فلا يقضى القاضى فى دعوى صحة ونفاذ البيع التى يرفعها المشترى الاول بالقبول ، او أن تنفيذ البائع =

للقيام بهذا العمل أو كان ينبغى أن يتم القيام به فى مدة معينة وانقضت هذه المدة ، وفى الالتزام عن عمل اذا أتى المدين الأمر الممنوع. وقد مر بيان ذلك تفصيلا فيما تقدم.

والالتزامات التى لا يكون مصدرها العقد يغلب أن يكون تنفيذها بطريق التعويض . فالالتزام التقصيرى ليس الا نتيجة للاخلال بالتزام قانونى هو أن يتخذ الشخص الحيطة الواجبة لعدم الاضرار بغيره ، وجزاء هذا الاخلال هو التعويض ، وهذه هى المسئولية التقصيرية . والالتزام الناشىء من الاثراء بلا سبب ليس الا نتيجة للاخلال بالتزام قانونى آخر ، هو ألا يثرى الشخص على حساب غيره دون سبب ، وجزاء هذا الاخلال هو التعويض . وكثير من الالتزامات القانونية الأخرى يكون تنفيذها بطريق التعويض ، كالتزام الجار ألا يضر بجاره ضررا فاحشا والالتزام بعدم افشاء سر المهنة . وهناك من الالتزامات القانونية ما يمكن تنفيذه عينا ، كالالتزام بالنفقة والتزامات الأولياء والأوصياء والقوام ، ومع ذلك يجوز عند الاخلال ببعض هذه الالتزامات أن يكون التنفيذ بطريق التعويض .

٤٦٠ — **وسائل تنفيذ التعويض** : ووسائل تنفيذ التعويض ، كوسائل التنفيذ العينى ، هى التنفيذ الاختيارى والتنفيذ الجبرى . فاذا حكم على المدين بدفع تعويض للدائن ، ولم يدفع المدين هذا التعويض اختيارا — وهذا هو الوفاء (paiement) — جاز للدائن اجباره على الدفع بطريق التنفيذ القهرى . ولما كان التعويض عادة هو مبلغ من النقود ، فانه يمكن دائما تنفيذه بطريق الحجز على أموال المدين . ولكن قد يكون التعويض عينيا فى بعض الحالات ، فيجوز الالتجاء الى التهديد المالى للوصول الى هذا التعويض العينى بطريق غير مباشر . ويصلح

= لالتزامه عينا أصبح مستحيلا (محمد على عمران عقد البيع فى القانون المدنى المصرى فقرة ٨٦) .

الاكراه البدنى وسيلة غير مباشرة لتنفيذ التعويض ، على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم •

٤٦١ — **كيفية تقدير التعويض** : والمهم فى التنفيذ بطريق التعويض أن نستعرض الطرق المختلفة لتقدير التعويض •

فتارة — وهذا هو الأصل — يقوم القاضى بتقدير التعويض ، وهذا هو التعويض القضائى •

وطورا يكون تقديره مقدما باتفاق الطرفين ، وهذا هو التعويض الاتفاقى أو الشرط الجزائى •

وثالثة يكون التقدير عن طريق القانون ، كما وقع ذلك فى تحديد سعر الفائدة ، وهذا هو التعويض القانونى (١) •

فنستعرض هذه الطرق المختلفة فى فصول ثلاثة :

الفصل الأول

التعويض القضائى

٤٦٢ — **الاعذار وتقدير القاضى للتعويض** :يجب اعذار المدين ومطالبته بتنفيذ التزامه • وقد رأينا أن هذا واجب فى التنفيذ العينى ، وهو واجب أيضا فى التنفيذ بطريق التعويض • بل ان الاعذار فى التنفيذ بطريق التعويض ، وبخاصة فى التعويض عن تأخر المدين فى التنفيذ ، له أهمية بالغة كما سنرى •

---

(١) وقد نصت المادة ٢٥٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على « ان تعيين قيمة بدل الضرر يكون فى الاساس بواسطة القاضى ، وقد يكون بنص قانونى أو باتفاق بين المتعاقدين» •

وأكثر ما يبرز الاعذار فى التعويض القضائى ، وان كان واجبا أيضا فى التعويض الاتفاقى (الشرط الجزائى) كما سيأتى . فآثرنا أن نبحث الاعذار فى هذا المكان ، متوخين فى ذلك الناحية العملية .

وبعد أن يعذر الدائن المدين ، يقيم عليه الدعوى يطالبه بتنفيذ التزامه . ونحن هنا فى صدد التنفيذ بطريق التعويض ، فيطلب الدائن الى القاضى تقدير التعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه ومن جراء تأخره فى هذا التنفيذ .

فنتكلم اذن فى مسألتين : (أولا) الاعذار (ثانيا) تقدير القاضى للتعويض .

الفرع الأول

الاعذار

(La mise en demeure)

٤٦٣ — **النصوص القانونية** : تنص المادة ٢١٨ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« لا يستحق التعويض الا بعد اعذار المدين ، ما لم ينص على غير ذلك » .

وتنص المادة ٢١٩ على ما يأتى :

« يكون اعذار المدين بانذاره أو بما يقوم مقام الانذار ، ويجوز أن يتم الاعذار عن طريق البريد على الوجه المبين فى قانون المرافعات . كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضى بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة الى أى اجراء آخر » .

وتنص المادة ٢٢٠ على ما يأتى :

« لا ضرورة لاعذار المدين فى الحالات الآتية : (أ) اذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين (ب) اذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب على عمل غير مشروع (جـ) اذا كان محل الالتزام رد شىء يعلم المدين أنه مسروق أو شىء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك (د) اذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه (١) » .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢١٨ : ورد هذا النص فى المادة ٢٩٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد . واقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٢٥ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢١٨ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٥ ـ ص ٥٥٦) .

م ٢١٩ : ورد هذا النص فى المادة ٢٩٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يكون اعذار المدين بانذاره أو بما يقوم مقام الانذار ، ويجوز أن يتم الأعذار بأى طلب كتابى آخر ، كما يجوز ان يكون مترتبا على اتفاق يقضى بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة الى إنذار » . وفى لجنة المراجعة حلت عباره « اى اجراء آخر » محل كلمة « انذار » الوارده فى آخر المادة،لان الاعذار بالاتفاق عليه مقدما يعتبر اعذارا تم باجراء معين،ولا يدخل فى الحالات التى لاضرورة للاعذار فيها وهى الحالات المنصوص عليها فى المادة التالية . واصبح رقم المادة ٢٢٦ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص . وفى لجنة مجلس الشيوخ سئل عما اذا كان الاعذار بكتاب عادى يكفى ، فأجيب بأنه يكفى لان المراد بالاعذار هو تنبيه المدين الى أن الدائن غير متهاون فى حقه فى التنفيذ فلم تأخذ اللجنة بهذا الراى ، وجعلت الاعذار عن طريق البريد على الوجه المبين فى قانون المرافعات ، جائزا بدلا من جواز الاعذار بطريق الكتاب العادى ، وعدل النص على الوجه الذى استقر عليه فى التقنين الجديد ، واصبح رقم المادة ٢١٩ ، ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٦ ـ ص ٥٥٨) . ويلاحظ أن قانون المرافعات المصرى الغى طريق الاعذار بالبريد .

م ٢٢٠ : ورد هذا النص فى المادة ٢٩٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « لا ضرورة ، فى اعذار المدين ، لأى اجراء فى الحالات الاتية : (أ) اذا اصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن بفعل المدين ، وعلى الاخص اذا كان محل الالتزام نقل حق عينى أو القيام بعمل وكان لابد ان يتم التنفيذ فى وقت معين وانقضى هذا الوقت دون أن يتم ، أو كان الالتزام امتناعا عن عمل واخل به المدين . (ب) اذا كان محل الالتزام تعويضا =

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٢٠/١٧٨ (١) . ولا فرق ما بين التقنين الجديد والقديم فى الاعذار وأحكامه ، وان كانت نصوص التقنين الجديد أكثر تفصيلا ، على أنها ليست الا تقنينا لأحكام القضاء فى عهد التقنين السابق (٢) .

وتقابل هذه النصوص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المواد ٢١٩ — ٢٢١ ، وفى التقنين المدنى العراقى

= ترتب على عمل غير مشروع . (ج) اذا كان محل الالتزام رد شىء يعلم المدين انه مسروق أو شىء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك (د) اذا أعلن المدين كتابة انه لايريد القيام بالتزامه » . وفى لجنة المراجعة وضعت كلمة « صرح » بدلا من كلمة « أعلن » فى البند (د) ، واصبح رقم المادة ٢٢٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ عدلت الفقرة الاولى فأصبحت تجرى على الوجه الآتى : « لا ضرورة لاعذار المدين فى الحالات الآتية » ، وحذفت من البند (ا) عبارة « وعلى الأخص اذا كان محل الالتزام ... الخ » لانها تورد تطبيقات بجزىء عن ابرادها عموما العبارة ، واضافت بعد عبارة « غير ممكن » فى البند (ا) عبارة « غير مجد » حتى يكون النص شاملا لجميع الصور . واصبح رقم المادة ٢٢٠ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٩ — ص ٥٦٢) .

(١) وقد كانت المادة ١٢٠/١٧٨ من التقنين المدنى السابق تجرى على الوجه الآتى : « لا تستحق التضمينات المذكورة الا بعد تكليف المتعهد بالوفاء تكليفا رسميا » .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « اقتصر المشروع فى شأن الاعذار بوجه عام على ضبط حدود بعض الأحكام ضبطا قصد به الى علاج ما يعتور من نصوص التقنين الحالى (السابق) من اقتضاب مخل . ويراعى بادىء ذى بدء انه لم يأت على وجه الاطلاق بجديد فيما يتعلق بقاعدة وجوب الاعذار ومايرد عليها من استثناءات . على أن ذلك لم يصرفه عن استحداث احكام اخرى ، قد يكون اهمها مايتصل باصلاح الاجراءات المتبعة فى اعذار المدين ، فقد قضى المشروع بجواز الاكتفاء بمجرد طلب كتابى فى المواد المدنية . وهو بهذا يخالف ماجرى عليه القضاء المصرى دفعا لحرج الغلو فى التشبث بشكلية الاجراءات » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٤) . وقد راينا أن هذا التجديد الذى كان يقضى بالاكتفاء فى الاعذار بطلب كتابى قد حذفته لجنة مجلس الشيوخ .

المواد ٢٥٦ — ٢٥٨ ، وفى التقنين المدنى الليبى المواد ٢٢١ — ٢٢٣ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المـــواد ٢٥٣ و ٢٥٨ وفى التقنين المدنى الكويتى المواد ٢٨٧ — ٢٩٩ وفى التقنين المدنى الاردنى المادتين ٣٦١ — ٣٦٢ (١) .

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الاخرى : التقنين المدنى الســـورى** م ٢١٩ — ٢٢١ (مطابقة للمواد ٢١٨ — ٢٢٠ من التقنين المدنى المصرى ، مع ملاحظة أن الانذار فى التقنين السورى يكون بواسطة الكاتب العـــدل وانه يجوز أن يتم الاعذار عن طريق البريد على الوجه المبين فى القوانـــين الخاصة : م ٢٢٠ سورى) .

التقنين المدنى العراقى م ٢٥٦ (مطابقة للمـــادة ٢١٨ من التقنيين المدنى المصرى) .

م ٢٥٧ : يكون اعذار المدين بانذاره . ويجوز أن يتم الاعذار بـأى طلب كتابى آخر ، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضى بأن يكـــون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة الى انذار . (وهذا النص — كالمشروع التمهيدى للتقنين المصرى — يجيز الاعذار بطلب كتابى غـــير رســـمى) .

م ٢٥٨ (مطابقة للمشروع التمهيدى لنص المادة ٢٢٠ من التقنـــين المصرى ، ولا تختلف فى الحكم عن التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٢٢١ — ٢٢٣ (مطابقة للمواد ٢١٨ — ٢٢٠ من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٥٣ — يجب لاســـتحقاق بدل العطل والضرر : اولا — أن يكون قد وقع ضرر . ثانيا — أن يكون الضرر معزوا الى المديون . ثالثا — ان يكون قد أنذر المديون لتاخره فيما خـــلا الأحوال الاستثنائية . (وتتفق هذه الأحكام مع أحكام التقنين المصرى) .

م ٢٥٧ — ان تأخر المديون الذى بدونه لايستهدف لأداء بدل العطل والضرر ينتج فى الاساس عن انذار يرسله اليه الدائن بطريقة ما . وانما يجب أن يكون خطيا (ككتاب مضمون أو برقية أو اخطار أو اقامة الدعوى عليه أمام المحكمة وان لم تكن ذات صلاحية) . وان هذا الانذار لواجب مع قطع النظر عن ماهية الموجب وعن أصـــله او اصـــل بـــدل الضرر . (وهـــذا الص يجيز الاعـــذار بكتـــاب مســـجل او برقيـــة او اخطـــار مكتوب ، فهو كالمشروع التمهيدى للتقنين المصرى وكالتقنين العـــراقى : انظر الدكتور صبحى الحمصانى فى آثار الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ١٦) .

م ٢٥٨ — لايبقى الانذار واجبا:١ — عندما يصبح التنفيذ مستحيلا. =

ويتبين مما قدمناه من نصوص التقنين المدنى المصرى أن التعويض لا يستحق الا بعد اعذار المدين ، وأن الاعذار يتم باجراءات معينة ، وأن هناك حالات لا ضرورة فيها للاعذار • واذا تم الاعذار ترتبت عليه نتائج قانونية معينة •

فنتكلم اذن فيما يأتى : ١ — معنى الاعذار ٢ — كيف يتم الاعذار ٣ — الحالات التى لا ضرورة فيها للاعذار ٤ — النتائج القانونية التى تترتب على الاعذار •

٤٦٤ — معنى الاعذار : اعذار المدين هو وضعه قانونا فى حالة المتأخر فى تنفيذ التزامه (mise en demeure, mora, retard). • ذلك أن مجرد حلول أجل الالتزام لايكفى فى جعل المدين فى هذا الوضع القانونى (dies non interpellat pro homine) ، بل لابد من

= ٢ — عندما يكون الموجب ذا اجلموضوع لمصلحةالمديون ولو بوجه جزئى على الأقل • ٣ — عندما يكون موضوع الموجب المطلوب اداؤه رد شىء يعلم المديون أنه مسروق او كان المديون قد احرزه عن علم بوجه غير مشروع • ففى الحالات الثلاث المتقدم بيانها يكون المديون حتما فى حالة التأخر بدون أى تدخل من قبل الدائن • (وهذا النص يختلف عن التقنين المصرى فى أمرين : ١ — يجعل حلول الاجل فى دين مؤجل لمصلحة المدين ولو جزئيا كافيا ولا حاجة لاعذار المدين فى هذه الحالة ، وهذا الحكم اقرب الى التقنينات الجرمانية وبعض التقنينات اللاتينية كما سنرى • ٢ — لايجعل من حالات عدم ضرورة الاعذار حالة ما اذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه • ويذهب الدكتور صبحى المحمصانى — فى كتابه آثار الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ١٧ — الى ان عدم ضرورة الاعذار فى حالة تصريح المدين كتابة انه لايريد القيام بالتزامه ، بالرغم من اغفال النص عليه ، مقبول فى لبنان « وفاقا للقياس والمبادىء العامة ، فالانذار لايلزم لعدم الفائدة منه ولثبوت خطأ المدين باقراره ») •

التقنين المدنى الكويتى م ٢٩٧ — ٢٩٩ (مطابقة للمواد ٢١٨ — ٢٢٠ من التقنين المدنى المصرى ، مع عدم النص على الاعذار بطريق البريد ومع اختلاف بسيط فى الصيغة والصياغة) •

التقنين المدنى الاردنى م ٣٦١ — ٣٦٢ (مطابقة للمواد ٢١٨ — ٢٢٠ من التقنين المدنى المصرى ، مع عدم بيان كيفية حصول الاعذار) •

اعذاره (١) • فقد يحل أجل الالتزام ، ومع ذلك يسكت الدائن عن أن يتقاضى التنفيذ من المدين ، فيحمل ذلك منه محمل التسامح وأنه لم يصبه ضرر من تأخر المدين فى تنفيذ التزامه ، وقد رضى ضمنا بمد الأجل مادام يستطيع الانتظار دون ضرر يصيبه من ذلك • أما اذا كان الدائن يريد من المدين أن ينفذ التزامه حل أجله ، فعليه أن يشعره بذلك عن طريق اعذاره بالطرق التى رسمها القانون (٢) • وعند ذلك يصبح المدين ملزما بتنفيذ التزامه فورا ، وكل تأخر فى التنفيذ يستوجب التعويض (٣) •

---

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٨ ص ١٣٧ وهامش رقم ٤ .

وقد قضت محكمة النقض بانه لا يستحق التعويض الا بعد اعذار المدين ما لم ينص على غير ذلك (م ٢١٨ مدنى) فاذا كان الثابت ان المشتريه لم تعذر البائع بالوفاء عند حلول الاجل المحدد لتوريد القطن وكان العقد المبرم بين الطرفين قد خلا من النص على الاعفاء من الاعذار وهو اجراء واجب لاستحقاق التعويض المتفق عليه فيه ، فان المشتريه لاتكون على حق فى المطالبة بهذا التعويض (نقض مدنى فى ٣ من مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ رقم ٨٧ ص ٥٨٣) .

(٢) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بانه اذا كان الالتزام واجب التنفيذ فى محل اقامة الدائن ، ولم يحضر المدين للتنفيذ يوم حلول الاجل ، اعتبر معذرا دون حاجة الى اى اجراء (٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٢٣) ؛ واذا كان الدين يدفع على أقساط فى مدد قصيرة واعذر المدين لأحد هذه الأقساط فلا يمكن ان يعتبر فى حاجة الى الاعذار فى كل قسط لاحق يحل بعد مدة قصيرة (١٤ يونية سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٦٣ ــ انظر أيضا ديموج ٦ فقرة ٢٣٨) .

(٣) استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٨٩٨ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٢٣ ص ٢٢٣ ــ ويكون الاعذار عند حلول اجل الدين أو بعده ، ولكن لايكون قبله (استئناف مختلط ٧ يناير سنة ١٨٨٦ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ١١ ص ٢٨) . ويصح أن يمنح الدائن للمدين فى الاعذار اجلا لتنفيذ الالتزام دون ان يؤثر الاجل فى قوة الاعذار ، فمتى حل الأجل الممنوح اصبح المدين معذرا (استئناف مختلط ٢٣ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٦٨) . واذا شطب الدائن دعواه بعد ان استوفى جزءا من دينه ، حمل هذا على تنازل الدائن عن أثر الدعوى فى اعذار المدين (استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٦٣) .

ويقابل اعذار المدين اعذار الدائن ، فقد يعذر المدين الدائن اذا رفض هذا قبول الوفاء دون مبرر ، بأن يعرض عليه الدين عرضا حقيقيا وفقا للاجراءات التى نص عليها القانون (م ٣٣٤ ــ ٣٤٠ مدنى ــ انظر دى باج ٣ فقرة ٨٦ ــ فقرة ٨٧) .

وفكرة الاعذار هذه من تقاليد القانون الفرنسى (١) ، نقلها عنه التقنين المدنى المصرى السابق ، واستبقاها التقنين المصرى الجديد . وقد عدلت عنها القوانين الجرمانية وبعض القوانين اللاتينية ، واعتبرت أن مجرد حلول أجل الالتزام كاف لاشعار المدين بوجوب التنفيذ دون حاجة لاعذار ، وأن تأخر المدين عن تنفيذ التزامه بعد حلول الأجل يجعله مسئولا عن التعويض (٢) .

٤٦٥ ــ كيف يتم الاعذار : الأصل فى اعذار المدين أن يكون بانذاره ، والانذار (sommation) ورقة رسمية من أوراق المحضرين يبين فيها الدائن فى وضوح أنه يطلب من المدين تنفيذ التزامه . وهذا هو الطريق المعتاد لاعذار المدين ، حتى صح أن يقال : « قد أعذر من أنذر (٣) » .

وقد بين تقنين المرافعات (م ٦ ــ ١٣) كيف يعلن المحضر الإنذار :

(١) وكان القانون الرومانى يستوجب الاعذار ، اما القانون الفرنسى القديم فكان لايستوجبه فى القرنين السادس عشر والسابع عشر ، وفى القرن الثامن عشر عاد بوتييه الى تقاليد القانون الرومانى فاستوجب الأعذار (كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ١٥١) .

(٢) أنظر التقنين المدنى الالمانى (م ٢٨٤) ، وتقنين الالتزامات السويسرى (م ١٠٢) ، والتقنين المدنى النمساوى (م ١٣٣٤) ، وتقنين الالتزامات البولونى (م ٢٤٣) ، والتقنين المدنى البرازيلى (م ٩٦٠) ، والتقنين المدنى البرتغالى (م ٧١١) ، والتقنين المدنى الصينى (م ٢٢٩) ، والتقنين المدنى اليابانى (م ٤١٢) ، وتقنين الالتزامات التونسى والمراكشى (م ٢٦٩/٢٥٥) . اما المشروع الفرنسى الايطالى (م ٩٥) والتقنين المدنى الايطالى الجديد (م ١٢١٩) فيستوجبان الأعذار ، ولكن يكفى فيه كتاب غير رسمى ، أنظر فى هذه المسألة والتون ٢ ص ٢٢٤ ــ ص ٢٢٥ .

(٣) فالاعذار هو اذن ارادة منفردة تصدر من الدائن ، ويعلن بها المدين (déclaration réceptive) ، وتفرغ فى شكل خاص (ديموج ٦ فقرة ٢٣٣ ص ٢٥٤) . ومن ثم يجوز صدور الاعذار من الدائن أو نائبه أو من فضولى (وتكون مطالبة الدائن بالتعويض اجازة منه) ، ويشترط فيمن يصدر عنه الاعذار أهلية الادارة دون أهلية التصرف (ديموج ٦ فقرة ٢٣٧) .

يسلم صورة الانذار الى المدين نفسه فى موطنه ، فان لم يجده سلمها الى وكيله أو خادمه أو أحد اقاربه القاطنين معه ، والا سلمها الى جهة الادارة على الوجه الذى بينه تقنين المرافعات فى النصوص المشار اليها . ولما كانت المادة ٢١٩ مدنى تقضى بأنه يجوز أن يتم الاعذار عن طريق البريد على الوجه المبين فى تقنين المرافعات ، وجب الرجوع الى هذا التقنين أيضا فى ذلك.وكان تقنين المرافعات السابق رقم ٧٧لسنة١٩٤٩ يجيز الاعلان على يد محضر بطريق البريد فى الاحوال التى بينها القانون وتولت مواده من ١٥ — ١٩ تنظيم هذه الطريقة من طرق الاعلان ، فلما صدر قانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٣ بتعديل بعض أحكام تقنين المرافعات المشار اليه رأى المشرع الغاء المواد من ١٥ — ١٩ سالفة الذكر فقضى بذلك على نظام الاعلان بطريق البريد وقدساير تقنين المرافعات الحالى هذا النظر فجاءت أحكامه خلوا من الاخذ بهذا النظام .

وليس الانذار هو الطريق الوحيد لانذار المدين . فهناك ما يقوم مقام الانذار (١) . وأية ورقة رسمية تظهر منها بجلاء رغبة الدائن فى أن ينفذ المدين التزامه تقوم مقام الانذار (٢) . من ذلك التنبيه الرسمى

---

(١) ولا يقوم مقام الانذار اقرار المدين فى دعوى اخرى ان الدائن قد انذره ، بل يجب على الدائن تقديم اصل الانذار حتى تتبين المحكمة استيفاءه للشروط الواجبة . وقد قضت محكمة النقض بأنه لايكفى لترتيب الاثر القانونى للانذار أن يكون المشترى قد قال فى دعوى أخرى أن البائع انذره ، ما دام ذلك القول قد صدر فى وقت لم يكن النزاع على العقد المتنازع فيه مطروحا ، بل يجب تقديم الانذار حتى يمكن للمحكمة أن تتبين ان كان يترتب عليه الفسخ ام لا ، وذلك بالرجوع الى تاريخه وما تضمنه ، لأنه قد يكون حاصلا قبل الميعاد المعين للوفاء او قبل قيام البائع بتعهداته التى توقفت عليها تعهدات المشترى (نقض مدنى ١٦ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٢ ص ٢٩٣) — راجع الاستاذ اسماعيل غانم فى مؤلفه السابق فقرة ٤٣ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بان الاعذار هو وضع المدين وضع المتاخر فى تنفيذ التزامه ، والاصل فى الانذار ان يكون بانذار المدين على يد محضر بالوفاء بالتزامه الذى تخلف عن تنفيذه،ويقوم مقام الانذار كل ورقة =

(commandement) الذى يسبق التنفيذ • ومن ذلك أيضا صحيفة الدعوى (citation en justice) : ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة • ومن ذلك محضر الحجز ، وهو من أعمال التنفيذ (١) • وكثيرا ما يقع أن ينذر الدائن فى نفس صحيفة الدعوى ، فتكون هذه الصحيفة انذارا ومطالبة قضائية فى وقت واحد (٢) ، ولكن اذا بادر المدين فى هذه الحالة الى التنفيذ بمجرد أن تعلن اليه صحيفة الدعوى كانت مصروفات الدعوى على الدائن • لأن المدين يكون قد نفذ

= رسمية يدعو فيها الدائن المدين الى الوفاء بالتزامه ويسجل عليه التأخير فى تنفيذه ، ولايتطلب القانون ان تتضمن الورقة فوق ذلك تهديد المدين بطلب فسخ العقد فى حالة عدم وفائه بالتزامه ، ذلك لان الفسخ والتعويض كليهما جزاء يرتبه القانون على تخلف المدين عن الوفاء بالتزامه فى العقود الملزمة للجانبين وليس بلازم ان ينبه المدين اليهما قبل رفع الدعوى بطلب ايهما واذ كان برتستو عدم الدفع ورقة رسمية يقوم باعلانها المحضر الى المدين فى [illegible] على المدين بدفع قيمة السند ، فان البرتستو يعتبر اعذارا للمدين بالمعنى الذى يتطلبه القانون فى الانذار (نقض مدنى فى ١٢ من نوفمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ رقم ١٥٣ ص ١٠٢٨) •

كما قضت محكمة النقض بأن الاعذار هو وضع المدين موضع المتأخر فى تنفيذ التزامه والاصل فى الاعذار ان يكون بانذار المدين على يد محضر بالوفاء بالالتزام ، ويقوم مقام الانذار كل ورقة رسمية يدعو فيها الدائن المدين الى الوفاء بالتزامه ويسجل عليه التأخير فى تنفيذه على ان تعلن هذه الورقة الى المدين بناء على طلب الدائن • (نقض مدنى فى ٢٨ من ابريل سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ رقم ١٣١ ص ٩٥٥) •

(١) استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٤ — ٢٧ يونيه سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥١٩ — ١٧ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٩٣ •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن اعذار المدين هو وضعه قانونا فى حالة المتأخر فى تنفيذ التزامه ، والاصل فى هذا الاعذار ان يكون بورقة رسمية من اوراق المحضرين يبين الدائن فيها انه يطلب من المدين تنفيذ الالتزام ، ومن ثم فلا يعد اعذارا اعلان المشترى بصحيفة دعوى فسخ البيع لاخلاله بتنفيذ التزام من التزاماته الا اذا اشتملت صحيفتها على تكليفه بالوفاء بهذا الالتزام : نقض مدنى فى ٢٥ يناير سنة ١٩٧٩ مجموعة احكام النقض السنة ٣٠ رقم ٧٥ ص ٣٨٥ •

التزامه بمجرد اعذاره (١) .

أما اذا كانت الورقة غير رسمية ، ككتاب ولو كان مسجلا أو برقية ، فلا تكفى للاعذار فى المسائل المدنية (٢) ، الا اذا كان هناك اتفاق بين الدائن والمدين على أنها تكفى . ذلك أنه يجوز الاتفاق على أن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة الى أى اجراء، فمن باب أولى يجوز الاتفاق على أن الاعذار تكفى فيه ورقة رسمية أو اخطار شفوى (٣) .

---

(١) ولا يكفى فى الاعذار الطلب الذى يقدم للجنة المعافاة القضائية (ديموج ٦ فقرة ٢٣٣ ص ٢٥٤) .

(٢) استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٥٩ (اخطار شفوى لا يكفى) — ١٦ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٣٣ — ومع ذلك انظر : استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٨٨٠ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٦ ص ١٧٤ — ٣١ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢١٨ — استئناف مصر ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١١٩ ص ٣٧٩ . وقارن ديموج ٦ فقرة ٢٣٥ .

(٣) ويجب على الدائن اثبات حصول الاخطار الشفوى وفقا للقواعد العامة فى الاثبات . هذا وقد كان المشروع التمهيدى ينص على جواز أن يتم الاعذار بطلب كتابى ولو غير رسمى ، ولكن حذف هذا النص فى لجنة مجلس الشيوخ (انظر آنفا تاريخ نص المادة ٢١٩ : فقرة ٤٦٣ فى الهامش) . وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى أنه « يجوز الاعذار بالكتابة أيا كانت صورتها ، ولو كانت من قبيل الخطابات أو البرقيات » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦١) ، وذلك قبل التعديل الذى أدخلته لجنة مجلس الشيوخ .

ويميل القضاء فى فرنسا الى عدم التشبث بشكلية الاعذار ، ويجعل لقاضى الموضوع سلطانا لا يخضع لرقابة محكمة النقض فى تقدير ما اذا كانت الورقة المرسلة الى المدين تقطع فيما اشتملت عليه من العبارات برغبة الدائن فى أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه ، فتعير مضمون الورقة أهمية أكبر مما تعير الشكل (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٧٢ ص ٨٤ — ديموج ٦ فقرة ٢٣٤) . وفى بلجيكا يكتفى فى الاعذار بكتاب غير رسمى أو ببرقية ما دام اثبات ذلك ممكنا ، واذا أقر المدين بورود الكتاب أو البرقية كان فى فى هذا الاقرار اثبات كامل ، ويعتبر المدين فى هذه الحالة معذرا (دى باج ٣ فقرة ٨٠) ويعتبر حصول اعذار المدين مسألة واقع لا مسألة قانون ، فلا يخضع لرقابة محكمة النقض (دى باج ٣ =

وأما فى المسائل التجارية فيكفى فى الإعذار أن يكون بورقة غير رسمية وفقاً للعرف التجارى ، بل ان مجرد الإخطار الشفوى يكفى اذا كان العرف التجارى يقضى بذلك ، والمهم أن يهيء الدائن ما يثبت أن الإعذار قد تم على هذا الوجه (١) .

٤٦٦ — الحالات التى لا ضرورة فيها للإعذار : هناك حالات لا ضرورة فيها للإعذار ، ويعتبر مجرد حلول الدين اشعاراً كافياً للمدين بوجوب تنفيذ التزامه والا كان مسئولا عن التعويض . وهذه الحالات ترجع اما الى الاتفاق ، واما الى حكم القانون ، واما الى طبيعة الاشياء ، وقد نص عليها جميعاً فى المادتين ٢١٩ و ٢٢٠ من التقنين المدنى (٢) .

فقد يتفق الطرفان مقدما على أن المدين يكون معذراً بمجرد حلول أجل الالتزام دون حاجة الى أى اجراء آخر (٣) . ويكون هذا الاتفاق صريحا

(١) [illegible] وقد رأينا ان كلا من التقنين المدنى العراقى (م ٢٥٧) وتقنين الموجبات والعقود اللبنانى (م ٢٥٧) كذلك يكتفى فى الاعذار بكتاب غير رسمى (بلانيول [illegible] فقرة ٣٦٣ فى الهامش [illegible] ١٣ ديسمبر سنة ١٨٩٩ [illegible] ١٩٢١ [illegible] بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٧٢ ص ٨٣ .

(٢) على أن [illegible] بين الدائن والمدين [illegible] الحالات التى يكون [illegible] المدين [illegible] تنفيذ التزامه [illegible] الدائن [illegible]

(٣) وقد ورد فى تاريخ نص المادة ٢١٩ [illegible] فقرة ٣٦٣ فى الهامش) أن لجنة المراجعة ذهبت الى ان الاعذار بالاتفاق عليه مقدما يعتبر اعذاراً تم باجراء معين هو هذا الاتفاق ، فلا يدخل فى الحالات التى لا ضرورة للاعذار فيها . ولم نجار اللجنة فى هذا الرأى ، بل ادمجنا حالة الاتفاق =

أو ضمنيا (١) ومثل الاتفاق الضمنى أن يوجب رب العمل على المقاول اتمام البناء فى تاريخ معين ، وأن يشترط الدائن فى عقد التوريد وجوب التسليم فورا (librable de sirite) (٢) .

ويجب أن يكون الاتفاق الضمنى غير محل للشك ، فوضع شرط جزائى فى العقد لا يفهم منه الاعفاء من الاعذار (٣) ، واشتراط حلول جميع الأقساط عند تأخر المدين فى دفع قسط منها لا يغنى عن وجوب الاعذار الا اذا كان هناك اتفاق واضح على العكس (٤) . وقد يوجد اتفاق على عدم الحاجة الى الاعذار ، ولكن الدائن ينسخ هذا الاتفاق بتصرفه ، كما اذا اشترطت شركة التأمين على المؤمن عليه عدم الحاجة الى الاعذار فى اقتضاء أقساط التأمين ثم تعود بعد ذلك لن تعذره كلما تأخر ولو أن ترسل اليه عامل التحصيل ليتسلم الاقساط المستحقة (٥) .

= مقدما ضمن الحالات الاخرى التى لا ضرورة فيها للاعذار ، ففى هذه الحالات جميعا يعتبر المدين معذرا بمجرد حلول الدين دون حاجة الى أى اجراء ، ولا يمكن اعتبار الاتفاق مقدما اجراء لاعذار المدين ، بل على الاطلاق لا يكون هناك اجراء لهذا الاعذار .

(١) وقد قضت محكمة النقض بان الاعذار قد شرع لمصلحة المدين وله أن يتنازل عنه ، فاذا لم يتمسك المدين أمام محكمة الاستئناف بان الدائن لم يعذره قبل رفع الدعوى فانه لا يقبل منه اثارة هذا الدفاع لاول مرة أمام محكمة النقض (نقض مدنى فى ١٤ من مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ رقم ١٠٩ ص ٦٦١ .

(٢) بودرى : انسيكلوبيدى داللوز ٣ (Mise en demeure) فقرة ٧

(٣) دافيد : مقال فى الاعذار منشور فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٧ ص ١٠٩ .

(٤) كفر الشيخ ٢٨ مايو سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ... — والتون ٢ ص ١٢٢ — قارن مع ذلك استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٢٥ . ومجرد أن يشترط فى عقد البيع أن يكون مفسوخا من تلقاء نفسه عند عدم دفع الثمن لا يعفى من الاعذار ، ولكن اذا أعلن المشترى أن الانذار الموجه اليه من البائع بوفاء التزاماته فى مدى أسبوع والا عد العقد مفسوخا من تلقاء نفسه يجب اعتباره تنازلا من البائع عن خيار بالفسخ ، فان ذلك الانذار واجب قانونا لاستعمال الشرط الفاسخ الصريح (نقض مدنى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر (٥) رقم ٣٥٦ ص ٦٨٨) .

(٥) الموجز للمؤلف فقرة ٤٢٦ ص ٤٣٩ هامش رقم ٢ .

وقد يقضى القانون بعدم الحاجة الى الاعذار . وقد نص فعلا فى المادة ٢٢٠ على الا ضرورة للاعذار فى حالات معينة ، بعضها كان فى حاجة الى هذا النص ، وبعضها يرجع الى طبيعة الأشياء .

فأما ما كان فى حاجة الى النص فالحالة التى يكون فيها محل الالتزام رد شىء يعلم المدين أنه مسروق ، أو رد شىء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك . ففى هذه الحالة يكون المدين سىء النية ، ويكون واجبا عليه أن يرد الشىء الى الدائن ، وليس الدائن — بمقتضى النص — فى حاجة الى اعذاره . ومن ثم يجب على المدين أن يبادر فورا الى رد الشىء للدائن ، دون اعذار ، والا كان مسئولا عن التأخر فى الرد (١) . وهناك حالات أخرى متفرقة فى نواحى القانون ، نص فيها على وجوب تنفيذ المدين لالتزامه دون حاجة الى اعذار . منها ما قضت به الفقرة الثانية من المادة ٧٠٦ مدنى من أن الوكيل ملزم بفوائد المبالغ التى استخدمها لصالحه من وقت استخدامها ، وكانت القاعدة العامة تقضى بأن الفوائد تستحق ، لا من يوم الاعذار فحسب ، بل من يوم المطالبة القضائية كما سنرى ، وهنا استحقت الفوائد دون مطالبة قضائية بل ودون اعذار من يوم استخدام الوكيل المبالغ لصالحه . ومنها ما قضت به المادة ٧١٠ مدنى من أن الموكل يلتزم بأن يرد للوكيل ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الاتفاق ، وهنا أيضا تستحق الفوائد لا من وقت المطالبة القضائية ولامن وقت الاعذار بل من وقت الانفاق (٢) .

---

(١) وقد كان هذا هو أيضا الحكم فى عهد التقنين المدنى السابق ، دون أن يكون هناك نص صريح يقضى بذلك (الموجز للمؤلف فقرة ٤٢٦ ص ٤٢١ — ص ٤٢٢ — استئناف مختلط ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ١٨ — اسكندرية الكلية المختلطة ١٥ مايو سنة ١٩١٥ جازيت ٥ رقم ١٣٩ ص ٣٤٥ — انظر مع ذلك استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٥) .

(٢) انظر أيضا المادة ١٩٥ مدنى وتنص على أن « يكون رب العمل =

وأما ما يرجع الى طبيعة الاشياء وورد مع ذلك فيه النص فثلاث حالات :

(أولا) اذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين (١) • فلا معنى اذن لاعذار المدين ، وهذا ما تقضى به طبائع الأشياء ، لأن الاعذار هو دعوة المدين الى تنفيذ التزامه وقد أصبح هذا التنفيذ غير ممكن أو غير مجد بفعله ، فاستحق عليه التعويض دون حاجة الى اعذار • ولو كانت استحالة التنفيذ نشأت بغير فعل المدين لانقضى الالتزام ، ولما كان المدين مسئولا حتى عن التعويض • وتتحقق الحالة التى نحن فى صددها فى فروض مختلفة • منها أن يكون تنفيذ الالتزام غير مجد الا فى وقت معين فيفوت هذا الوقت دون أن ينفذ المدين التزامه ، كأن يلتزم مقاول ببناء مكان فى معرض لأحد العارضين

= ملزما بأن ينفذ التعهدات التى عقدها الفضولى لحسابه ، وأن يعوضه التعهدات التى التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف مضافا اليها فوائدها من يوم دفعها ... » .

والمادة ٤٥٨ فقرة أولى مدنى وتنص على أنه « لا حق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن الا اذا أعذر المشترى أو اذا سلم الشىء المبيع وكان هذا الشىء قابلا أن ينتج ثمرات أو ايرادات أخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره » . والمادة ٥١٠ مدنى وتنص على أنه « اذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته فى الشركة مبلغا من النقود ، ولم يقدم هذا المبلغ ، لزمته فوائده من يوم استحقاقه من غير حاجة الى مطالبة قضائية أو اعذار ، وذلك دون اخلال بما قد يستحق من تعويض تكميلى عند الاقتضاء . والمادة ٥٢٢ مدنى وتنص على أنه « ١ — اذا أخذ الشريك أو احتجز مبلغا من مال الشركة ، لزمته فوائد هذا المبلغ من يوم أخذه أو احتجازه ، بغير حاجة الى مطالبة قضائية أو اعذار ، وذلك دون اخلال بما قد يستحق للشركة من تعويض تكميلى عند الاقتضاء . ٢ — واذا أمد الشريك الشركة من ماله، أو أنفق فى مصلحتها شيئا من المصروفات النافعة عن حسن نية وتبصر ، وجبت له على الشركة فوائد هذه المبالغ من يوم دفعها » . والمادة ٨٠٠ فقرة ٣ مدنى وتنص على أن « يكون للكفيل الحق فى الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع » .

(١) قارن استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٥ .

وينتهى الموعد قبل أن ينفذ المقاول التزامه (١) ، وكأن يلتزم محام برفع استئناف عن حكم وينتهى ميعاد الاستئناف قبل أن يرفعه (٢) . ومنها أن يكون الالتزام بالامتناع عن عمل ثم يخل المدين بالتزامه ويأتى العمل الممنوع ، فلا فائدة من الاعذار فى هذا الفرض اذ أصبح التنفيذ العينى غير ممكن (٣) . ومنها أن يبيع شخص من آخر عقاراً ، ثم يبيعه من ثان ويسجل هذا عقده قبل أن يسجل الأول ، فيصبح تنفيذ التزام البائع نحو المشترى الأول غير ممكن ، ومن ثم لا ضرورة للاعذار . ونظيرها التزام المؤجر باجراء اصلاحات فى العين المؤجرة ، فمتى فات من الوقت دون اجراء هذه الاصلاحات مع حاجة العين اليها لا يلزم فيه اعذار ، على أن يخطر المستأجر المؤجر بحاجة العين الى الاصلاحات . ومجرد الاخطار ليس من الضرورى أن يكون فى شكل الاعذار ، بل لو أخطره شفويا [illegible] الاخطار بجميع الطرق لأنه يعتبر هنا واقعة مادية — فان هذا يكفى (٤) . وفى العقود الزمنية أو المستمرة (successifs) [illegible] لا ضرورة للاعذار إذا تأخر المدين عن تنفيذ التزامه [illegible] لا يمكن تداركه لفوات الزمن ، فالتزام شركات المياه والنور والغاز بتوريد ما تقوم عليه من مرافق للمستهلكين ، والتزام المتعهد بتوريد الغذاء لمستشفى أو لمدرسة ، والتزام المؤجر [illegible]

(١) [illegible] وقد قضت محكمة النقض بأنه لا ضرورة للاعذار اذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن [illegible] المدين ، واذ كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه اعتبر الاخطاء الفنية التى وقع فيها المقاول مما لا يمكن تداركه ، فان مفاد ذلك أن الالتزام المترتب على عقد المقاولة أصبح غير ممكن تنفيذه : نقض مدنى [illegible] ابريل سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ رقم [illegible] ص ٧٩٧ [illegible]

(٢) استئناف مصر [illegible] فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ ص ٣٧٩ [illegible]

(٣) استئناف مصر ٣ ابريل سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢١ ص ٢٣٥ — استئناف مختلط ١٧ ابريل سنة ١٩١١ [illegible] — ١٧ ابريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٢ .

(٤) كولان وكابيتان ومورانديير ٣ فقرة ٨٥٣ ص ١١٤ — برو : انسيكلوبيدى داللوز ٣ (Mise en demeure) فقرة ٢٥ .

بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، كل هذه التزامات زمنية إذا أخل بها المدين استحق عليه التعويض ولو قبل الاعذار (١).

(ثانيا) اذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب على عمل غير مشروع . ذلك أن العمل غير المشروع انما هو اخلال بالتزام الشخص أن يتخذ الحيطة الواجبة لعدم الاضرار بالغير ، ومتى أخل الشخص بهذا الالتزام فاضر بالغير ، لم يعد التنفيذ العينى للالتزام ممكنا ، فلا جدوى اذن فى الاعذار (٢) . ويمكن القول أن كل التزام ببذل عناية — ومن ذلك الالتزام باتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الاضرار بالغير — يكون الإخلال به غير ممكن تداركه، ومن ثم لا يلزم الاعذار لاستحقاق التعويض عن هذا الاخلال . ويرد ذلك الى القاعدة التى بسطناها فى الحالة الاولى ، إذ إنه متى أخل المدين بالتزام فى ذمته ببذل عناية فقد أصبح التنفيذ العينى لهذا الالتزام غير ممكن ، فلا ضرورة اذن للاعذار . ونرى من ذلك أن هذه الحالة الثانية ليست فى الواقع الا تطبيقا من تطبيقات الحالة الأولى (٣) .

---

(١) الاستاذ اسماعيل غانم فى احكام الالتزام ص ١٠٠ — هذا وقد رأينا فى تاريخ نص المادة ٢٢٠ (انظر آنفا فقرة ٤٦٣ فى الهامش) أن المشروع التمهيدى لهذه المادة كان يتضمن العبارة الآتية : « اذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن بفعل المدين ، وعلى الأخص اذا كان محل الالتزام نقل حق عينى أو القيام بعمل ، وكان لابد أن يتم التنفيذ فى وقت معين وانقضى هذا الوقت دون أن يتم ، أو كان الالتزام امتناعا عن عمل وأخل به المدين » . وقد حذفت لجنة مجلس الشيوخ هذه العبارة من أول كلمة « وعلى الأخص » ، لأنها تورد تطبيقات يجزىء عن ايرادها عموم العبارة ، ثم أضافت بعد عبارة « غير ممكن » عبارة « أو غير مجد » حتى يكون النص شاملا لجميع الصور .

(٢) استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٩٦ — ٥ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٠٣ .

(٣) وقد قدمنا أن الصحيح أن يقال أن العمل غير المشروع هو اخلال بالتزام اتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الاضرار بالغير ، فهو اخلال بالتزام بعمل ، لا اخلال بالتزام بالامتناع عن عمل هو عدم الاضرار بالغير (٢) ويذهب الاستاذ اسماعيل غانم (احكام الالتزام فقرة ٤٠ ص ٤٢ ... وفقرة ٤٢ ص ...

(ثالثا) اذا صرح المدين كتابة أنه لايريد القيام بالتزامه • فبعد هذا التصريح الثابت بالكتابة لا جدوى فى اعذاره ، فهو قد رد سلفا أنه لايريد القيام بالتزامه (١) • ولا يكفى التصريح أمام شهود ، فالقانون قد اشترط الكتابة • على أن الظاهر أن الكتابة هنا للاثبات (٢) ، فلو أقر المدين أنه صرح بعدم ارادته القيام بالتزامه ، أو نكل عن اليمين التى وجهت اليه فى ذلك ، لكان ذلك كافيا فى اثبات التصريح المطلوب للاعذار (٣) •

= ٥٧) الى ان الالتزام بعدم الاضرار بالغير — أو باتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الاضرار بالغير على الوجه الذى ذهبنا اليه — ليس التزاما بالمعنى الدقيق ، بل هو واجب قانونى عام « باحترام الحدود التى رسمها القانون لكى يستطيع كل عضو فى المجتمع ان يزاول نشاطه دون جور على غيره » ، ولذلك لم يتحدد فيه شخص الدائن ، ولا يتضمن معنى المديونية اذ يتساوى فيه الجميع ، وانما الالتزام بالمعنى الفنى الدقيق هو الالتزام بالتعويض عن الضرر الناتج عن الخطأ ، وبالنسبة الى هذا الالتزام من المتصور أن يدعو الدائن المدين الى القيام به عن طريق الاعذار ، ولكن لما كان المدين مقصرا من يوم نشوء التزامه ، فقد رأى القانون فى ذلك سببا كافيا لاعفاء الدائن من الاعذار .

(١) استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٦٧ — ٢٣ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٦٨ — أول يونيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٥٥ — انظر أيضا أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٨ ص ١٣٩ — ديموج ٦ فقرة ٢٣٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٧٣ ص ٨٥ — قارن دى باج ٣ فقرة ٧٦ .
وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الطاعن قد أعلن المطعون ضده باعتبار العقد منسوخا من جهته ، وكان الحكم المطعون فيه قد رتب على هذا الاعلان ان المطعون ضده لم يكن بحاجة الى اعذار الطاعن قبل المطالبة بالتعويض باعتبار ان الطاعن قد صرح بهذا الاعلان انه لايريد القيام بالتزامه ، فان الحكم يكون قد التزم صحيح القانون . (نقض مدنى فى ١٤ من فبراير سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ رقم ٥٣ ص ٣٣٩) .

(٢) ويلاحظ ان الكتابة هنا لايقتصر دورها على مجرد اثبات واقعة التصريح ، بل ان المقصود بها أيضا اثبات جديته (اسماعيل غانم المرجع السابق فقرة ٤٤ ص ١٠١) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، بأن القانون لا يتطلب اعذار الملتزم متى كان قد أعلن اصراره على عدم الوفاء ، =

ولما كانت هذه الحالات الثلاث (١) انما تقضى بها طبائع الأشـــياء كما قدمنا ، فقد كان معمولا بها فى عهد التقنين المدنى السابق ، دون أن يشتمل هذا التقنين على نص يقابل نص التقنين المدنى الجديد الذى سبق أن أوردناه (٢) .

= واستخلاص هذا الاصرار من الدليل لاثبات حصوله هو مســـــألة موضوعية لا سلطان فيها لمحكمة النقض على محكمة الموضوع (نقض مدنى ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٠ ص ٤٣٥) . فيكون التقنين الجديد قد استحدث أن يكون الدليل بالكتابة — هذا واذا أقر المدين بتقصيره فى القيام بالتزامه ، قام هذا الاقرار مقام الاعذار (اسكندرية الأهلية ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٨ ص ٢٢٣) .

(١) انظر فى هذه الحالات الثلاث المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٠ — ص ٥٦١ — ويلاحظ أنه فى الحالات التى لاتكون فيها حاجة للاعذار ، ويكون المدين مطلوبا (quérable) لا محمولا (Portable) ، لايعفى عدم الحاجة الى الاعذار الدائـــن من أن يسعى لتقاضى الدين فى موطن المدين (كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ١٥٣ ص ١١٤ — الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٤٠) .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٤٢٦ ص ٤٢٢ — ص ٤٢٣ — وأحكام القضاء فى عهد التقنين المدنى السابق فى هذا المعنى . من ذلك ماقضت به محكمة النقض من أن الاعذار ليس لازما فى جميع الاحوال ، فقد يتفق المتعاقــدان على الاعفاء منه ، وقد لايكون له محل بحكم طبيعة التعهد ذاته (نقض مدنى ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمـــر ٤ رقم ٢٧٢ ص ٧٤٦) . وقضت بأنه متى كان ثابتا ان الوفاء أصبح متعذرا ، أو كـــان المتعهـــد قـــد أعلن اصراره على عدم الوفاء ، ففى هذه الأحوال وأمثالها لايكون للتنبيـــــه من مقتض (نقض مدنى ٢٢ مايو سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقـــم ١١٩ ص ٣٧٣ — ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمـــــر ٥ رقم ٢٠٠ ص ٤٣٥) . وقضت بعدم ضرورة الاعذار فى حالة المسئولية التقصـــــيرية وفى حالة المسئولية العقدية عند الاخلال بالتزام سلبى (أول يناير ســـــنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥١ ص ٥١٣ — ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعـــة أحكام النقض ١ رقم ٢٩ ص ٩٨) انظر أيضا : استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٢٥ — ١١ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٨٨ — ١٨ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٠٠ — ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٢ — ٥ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٠٣ — ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٨ جـــازيت ٩ رقم ٢٨ ص ٣٩ .

٤٦٧ — النتائج القانونية التي تترتب على الاعذار : يترتب على إعذار المدين نتيجتان رئيسيتان :

(النتيجة الأولى) يصبح المدين مسئولا عن التعويض لتأخره في تنفيذ الالتزام ، وذلك من وقت الاعذار . أما في الفترة التي سبقت الاعذار ، فلا يعوض المدين الدائن عن التأخر في التنفيذ ، فالمفروض كما قدمنا أن الدائن قد رضي بهذا التأخر ولم يصبه منه ضرر ما دام أنه لم يعذر المدين (١) . والنص صريح في هذا المعنى ، فقد قضت المادة ٢١٨ مدني بأنه « لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين » (٢) .

(١) نقض مدني ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٦ ص ٢٩٢ — استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦٥ . ويعدل [illegible] الإعذار بالرجوع في الإعذار ، [illegible] مرة ثانية ، ثم رجع في إعذاره الأول بإعذار ثان يمنح فيه المدين مهلة للوفاء ، فالعبرة بالإعذار الثاني لا بالإعذار الأول . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد اعتمد في تعيين تاريخ التقصير بإعذار صادر في تاريخ معين دون الاعذار الصادر بعده المشتمل على منح مهلة للوفاء ، وذلك من غير أن يوضح علة اطراحه الإعذار الأخير ، فإنه يكون قاصرا (نقض مدني ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٩ ص ٦١٤) .

كذلك لا يستحق تعويض ، إذا قام المدين بوفاء جزئي ثم توقف بعد ذلك عن الوفاء ، إلا من وقت إعذار المدين بعد توقفه . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا سلم البائع جزءاً من المبيع متأخراً عن الميعاد المتفق عليه ، ثم توقف عن تسليم الباقي حتى أعذره المشترى ، ولم يثبت من وقائع الدعوى ما يدل على ظهور عجز البائع عن الوفاء من اليوم الذي حصل فيه تسليم ذلك الجزء ، بل كانت تلك الوقائع دالة على أن ميعاد التوريد المتفق عليه في العقد قد عدل عنه برضاء الطرفين ، فإن التضمينات لا تكون مستحقة إلا من الوقت الذي امتنع فيه البائع عن الوفاء بعد تكليفه به رسمياً . وإذا تمسك البائع بسبب ارتفاع الأسعار باستحقاق التضمينات من تاريخ التسليم الجزئي باعتبار أنه هو التاريخ الذي ظهر فيه عجزه عن الوفاء بالباقي ، وقضت المحكمة بذلك ، كان حكمها مخطئا في تطبيق القانون (نقض مدني ٢٥ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩٨ ص ٥٥٢) .

(٢) نقض مدني ١٦ مارس سنة ١٩٣٣ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ١٠٣ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٣ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٤ =

ويلاحظ أنه اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود ، فالتعويض عن التأخر – أى الفوائد – لا تكون مستحقة بمجرد اعذار المدين ، بل لابد من رفع الدعوى ، ولا تسرى الفوائد الا من وقت اعلان صحيفة الدعوى ، وسيأتى تفصيل ذلك .

(النتيجة الثانية) ينتقل تحمل التبعة (risque) من طرف الى آخر • وقد قدمنا أن تبعة الهلاك فى الالتزام بالتسليم تكون على المدين بهذا الالتزام اذا كان التزاما تبعيا ، وتكون على المالك اذا كان التزاما مستقلا • ورأينا أن الاعذار ينقل تبعة الهلاك من طرف الى آخر فى كلتا الحالتين على التفصيل الذى قدمناه .

ورأينا أيضا أن المدين المعذر اذا أثبت أن الشىء كان يهلك فى يد الدائن لو أنه سلم اليه ، اندفعت عنه تبعة الهلاك بالرغم من اعذاره ، وانقضى التزامه •

ورأينا أخيرا أنه يتحمل مع ذلك التبعة اذا كان الشىء مسروقا متى كان هو السارق ، ولو أثبت أن المسروق كان يهلك عند المالك لو أنه رد اليه •

ص ٤٥ – استئناف أهلى ٧ مارس سنة ١٨٩٢ الحقوق ٨ ص ٥٨ – ٢ مايو سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ١٤٥ – ٢٩ ابريل سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٢٠٧ – استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٩٦ – ٢ يونيه سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٩٨ – ١٥ ابريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٠٧ – ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٥٩ – ١٦ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٣٣ – ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٧٠ – ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٥ – ١٣ ابريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٣٠ – ١٧ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٩٣ •

والاعذار – وهو ارادة منفردة كما تبينا – ضرورى ، لا فحسب للمطالبة بالتعويض عن التأخر فى التنفيذ ، بل أيضا لاستحقاق الدائن لهذا التعويض (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٨ ص ١٣٧ هامش رقم ٢ – بودرى وبارد ١ فقرة ٤٦٨ مكررة) • ومن ثم يستحق الدائن التعويض عن التأخر فى التنفيذ بسبب واقعة قانونية مركبة تتكون من عنصرين : عنصر التأخر فى التنفيذ وهذه واقعة مادية ، وعنصر الاعذار وهذا تصرف قانونى • وعنصر الواقعة المادية هو العنصر المتغلب .

ويلاحظ أن كل هذه الأحكام كان معمولا بها فى عهد التقنين المدنى السابق (١) .

الفـرع الثـانى

تقدير القاضى للتعويض

٤٦٨ — **نوعا التعويض** : والتعويض الواجب على المدين ، اذا لم يقم بتنفيذ التزامه تنفيذا عينيا ، نوعان : ١ — تعويض عن عدم التنفيذ ولايجتمع معه (٢) . أما التعويض عن التأخر فى التنفيذ فانه تارة يجتمع (dommages-intérêts compensatoires) ٢ — تعويض عن التأخر فى التنفيذ (dommages-intérêts moratoires) (٣) .

والتعويض عن عدم التنفيذ يحل ، كما رأينا ، محل التنفيذ العينى، ولا يجتمع معه (٣) . أما التعويض عن التأخر فى التنفيذ فانه تارة يجتمع مع التنفيذ العينى اذا نفذ المدين التزامه متأخرا فيجتمع عليه الى جانب هذا التنفيذ العينى التعويض عن التأخر فيه ، وطورا يجتمـــــع مع التعويض عن عدم التنفيذ اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه تنفيذا عينيا فيجتمع عليه تعويضان : تعويض عن عدم التنفيذ وتعويض عن التأخر

---

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٤٢٧ .

(٢) أنظر المادة ٢٥٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى .

(٣) الا كان هناك تنفيذ جزئى ، فيجتمع التنفيذ العينى الجزئى مـــع تعويض عن عدم تنفيذ بقية الالتزام (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٣ ص ٢٠٦) . واذا سلم المدين العين ، ولكن بعد أن أخل بالتزامه فى المحافظة عليها فأصابها تلف ، فانه يدفع تعويضا عن التلف الى جانب تسليم العين . وليس فى هذا جمع بين التنفيذ العينى والتعويض عن عدم التنفيذ ، بل هو تنفيذ عينى لالتزام (وهو التزام التسليم) وتعويض عن عدم تنفيذ الالتزام الآخر (وهو الالتزام بالمحافظة) (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٣ ص ٢٠٧) .

فى التنفيذ (١) .

والاجماع منعقد على أن الاعذار واجب فى التعويض عن التأخر فى التنفيذ ، وقد رأينا فيما قدمناه أن هذا التعويض لايستحق الا بعد اعذار المدين . أما التعويض عن عدم التنفيذ فقد اختلف الرأى فيه . هناك رأى يذهب الى وجوب الاعذار أيضا لاطلاق النص ، اذ « لايستحق التعويض الا بعد اعذار المدين » ، دون تمييز بين تعويض عن التأخر فى التنفيذ وتعويض عن عدم التنفيذ (٢) . وهناك رأى آخر يذهب الى عدم وجوب الاعذار ، لأن التعويض عن عدم التنفيذ مستحق عن واقعة لا شأن للاعذار بها ، فلا جدوى فى الاعذار (٣) . ونحن نميل الى التمييز ما بين فرضين فى حالة ما اذا طالب الدائن المدين بالتعويض عن عدم التنفيذ : فاما أن يكون التنفيذ العينى لايزال ممكنا ، وأما أن يكون هذا التنفيذ قد أصبح غير ممكن . ففى الفرض الاول يجب الاعذار لاستحقاق التعويض ، لأن التنفيذ العينى لايزال ممكنا ، والاعذار دعوة للمدين أن يقوم بهذا التنفيذ والا دفع تعويضا ، فيكون للاعذار معنى اذ يحتمل أن يقوم المدين بالتنفيذ العينى عقب اعذاره . وفى الفرض الثانى ، اذا أصبح التنفيذ العينى غير ممكن ، لم تعد هناك جدوى فى الاعذار ، اذ نكون فى احدى الحالات الاستثنائية التى لا حاجة للاعذار فيها (٤) . وهذا الرأى الذى نقول به يؤدى الى

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٤ — دى باج ٣ فقرة ١٢٨ — فقرة ١٣٤ .

(٢) كوليه دى سانتير ٥ فقرة ٦٢ مكررة — ديموج ٦ فقرة ٢٤٢ — جوسران ٢ فقرة ٦٢١ — دى باج ٣ فقرة ٧٣ — فقرة ٧٤ .

(١) بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٥٧٦ — كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ١٥٤ — مازو ٣ فقرة ٢٢٧٦ — الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٤٥ — أنظر أيضا الموجز للمؤلف ص ٤٣٩ هامش رقم ٢ .

(٤) أنظر فى هذا المعنى : بودرى وباردا ١ فقرة ٤٧٢ ص ٥٠١ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٢٨ ص ١٥٧ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٥١٨ .

أن الاعذار واجب لاستحقاق التعويض عن عدم التنفيذ ، وغير واجب لاستحقاق التعويض عن التأخر فى التنفيذ ، وذلك فيما خلا الحالات الاستثنائية التى يصبح فيها الاعذار غير ضرورى ، سواء للتعويض عن عدم التنفيذ أو للتعويض عن التأخر فى التنفيذ .

وسواء كان التعويض عن عدم التنفيذ أو عن التأخر فى التنفيذ ، فان القواعد التى تتبع فى تقديره واحدة لا تختلف .

٤٦٩ — عناصر التعويض : والذى يقوم بتقدير التعويض عادة هو القاضى كما قدمنا . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٢١ من التقنين المدنى على أنه « اذا لم يكن التعويض مقدرا فى العقد أو بنص فى القانون ، فالقاضى هو الذى يقدره . ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به . ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول (١) » .

ونرى من هذا النص أن للتعويض عنصرين : ما أصاب الدائن من الخسارة (damnum emergens) ، وما ضاع عليه من الكسب (lucrum cessans) (٢) ، ومن هنا جاءت التسمية : (dommages - intérêts) . فالقاضى اذن فى تقديره للتعويض سواء التعويض عن عدم التنفيذ أو التعويض عن التأخر فى التنفيذ

---

(١) انظر تاريخ هذا النص فى الوسيط جزء أول الطبعة الثالثة المجلد الثانى ص ١٣٧١ هامش رقم ١ .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٢٢ (مطابق) — الليبى م ٢٢٤ (مطابق) — العراقى م ٢٠٧ (موافق) — اللبنانى م ١٣٤ و م ٢٦١ (موافق) — الكويتى م ... (موافق) — الاردنى م ٢٦٦ وم ٣٦٦ (مقارب) .

(٢) وتنص المادة ٢٦٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على انه « يجب ان يكون بدل العطل والضرر معادلا تماما للضرر الواقع او الربح الفائت » .

[illegible]

فالمدين الذي لايقوم بتنفيذ التزامه عن تسليم بضاعة تعهد بتسليمها للدائن يدفع تعويضا عما أصاب الدائن من خسارة بسبب اضطراره لشراء هذه البضاعة بثمن أعلى [illegible] بسبب فوات صفقة رابحة ثبت أنه كان سيعقدها لو قام المدين بتنفيذ التزامه وسلمه البضاعة في الميعاد المتفق عليه (٢) . والممثل الذي لايقوم بتنفيذ التزامه من احياء ليلة تمثيلية يدفع تعويضا للمتعهد عما أصابه من خسارة بسبب ما أنفقه في تنظيم هذه الليلة، وعما فاته من ربح كان يجنيه لو أن الممثل قام بالتزامه (٣) وهكذا .

[illegible]

(٢) وقد قضت محكمة النقض [illegible] البضاعة [illegible] سند الشحن ، وأن يلزم بتعويض المرسل اليه عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب طبقا لما يتوقعه الشخص المعتاد . (نقض مدني في ٣١ من مارس [illegible]

(٣) الموجز للمؤلف فقرة ٤٤٥ ص ٤٤٠ — ص ٤٤١ .

اذا لم يقم محام بالتزامه نحو موكله من التقدم باسمه فى قائمة توزيع أو من قيد رهن لمصلحته ، ويتبين أن تخلف المحامى عن القيام بالتزامه لم يلحق بالموكل ضررا ولم يفوت عليه نفعا ، اذ أنه لو كان تقدم باسمه فى قائمة التوزيع لما أصاب الموكل شىء من المبلغ الموزع ، ولو أنه كان قيد الرهن لمصلحته لما كان هذا القيد منتجا لأن العقار مثقل برهـــون سابقة تستغرقه •

والدائن هو الذى يقع عليه عبء الاثبات ، فيثبت مقدار ما أصابه من ضرر ومقدار ما فاته من كسب (١) •

---

(١) استئناف مختلط ٩ يونيه سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٣٨ — قـارن استئناف مختلط ٣ يونيه سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٣١ • وانظر فى كل هـذا الموجز للمؤلف فقرة ٤٤٥ ص ٤٤١ •

وتقدير التعويض من سلطة قاضى الموضوع • وقد قضت محكمـة النقض بأن تقدير التعويض متى قامت أسبابه ولم يكن فى القانون نص ملزم باتباع معايير معينة فى خصوصه هو من سلطة قاضى الموضوع • فـاذا كان الحكم ، فى تقديره التعويض الذى قضى به لمؤجر على مستأجر استمر فى وضع يده على الارض المؤجرة دون رضاء المؤجر ، قد استهدى بفئـات الايجار السنوية المقررة بمرسوم بقانون معلوم لكافة النـاس لنشره فى الجريدة الرسمية ، وبالعلم العام بارتفاع اجور الأطيان للحالة الاقتصادية السائدة فى السنوات المعاصرة واللاحقة لعقد المستأجر ، وبقبول المستأجر لفئة الايجار بواقع كذا جنيها للفدان اذا ما استمر وضع يده على العـين برضاء المؤجر ، فلا يصح أن ينعى عليه أنه اخل بحق المستأجر فى الدفـاع اذ اعتبر ضمن ما اعتبر به فى تقدير التعويض بفئات الايجار السـنوى الواردة بذلك المرسوم بقانون الذى لم يكن بين أوراق الدعوى ولم يتمسك به أحد من الخصوم (نقض مدنى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة احكام النقض ١ رقم ٢٩ ص ٩٨) • ولكن يجب بيـان عناصر الضرر فى الحكم ، والحكم الذى يقضى بمبلغ معين على سبيل التعويض ، اذا لم يبين عناصر الضرر الذى قضى من أجله بهذا المبلغ ، فانه يكون قاصرا قصورا يستوجب نقضه (نقض مدنى ٢٧ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٩ ص ٦٩٣) •

وانظر فى مقياس التعويض عن الضرر المباشر وفى الظروف الملابسة التى من شأنها ان تؤثر فى تقدير التعويض عن المسئولية التقصيرية والضرر المتغير والوقت الذى يقدر فيه : الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٤٧ — فقـرة ٦٤٩ •

٤٧٠ — الضرر المباشر والضرر المتوقع الحصول : وقد سبق أن بينا (١) أن الضرر غير المباشر (indirect) لا يعوض عنه أصلا، لا فى المسئولية العقدية ولا فى المسئولية التقصيرية (٢) . فلا يعوض اذن فى المسئوليتين الا عن الضرر المباشر (direct) . والضرر المباشر هو — كما تقول المادة ٢٢١ سالفة الذكر — ما يكون « نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول (٣) .

ولكن فى المسئولية التقصيرية يعوض عن كل ضرر مباشر ، متوقعا (prévisible) كان أو غير متوقع (imprévisible) . أما فى المسئولية العقدية فلا يعوض الا عن الضرر المباشر المتوقع فى غير حالتى الغش والخطأ الجسيم . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٢١ من التقنين المدنى صراحة على هذا الحكم اذ تقول : « ومع ذلك اذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذى لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما الا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد » (٤) وقد سبق أن بينا تفصيلا ما هو الضرر المباشر ، وما هو

---

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٤٥١ .

(٢) قارن المادة ٢٦١ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ، وتنص على « ان الأضرار غير المباشرة ينظر اليها بعين الاعتبار كالاضرار المباشرة، ولكن بشرط أن تثبت كل الثبوت صلتها بعدم تنفيذ الموجب » .

(٣) وقد سبق أن بسطنا ذلك تفصيلا فى الوسيط جزء أول فقرة ٦١٠.

(٤) انظر تاريخ هذا النص فى الوسيط جزء أول ص ٦٨٤ هامش رقم ١ — وتنص المادة ٢٦٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على « أن التعويض ، فى حالة التعاقد ، لا يشمل سوى الأضرار التى كان يمكن توقعها عند انشاء العقد ، ما لم يكن المديون قد ارتكب خداعا » .

وقد قضت محكمة النقض بأنه طبقا لنص المادة ٢٢١ من القانون المدنى يقتصر التعويض فى المسئولية العقدية على الضرر المباشر متوقع الحصول ، أما فى المسئولية التقصيرية فيكون التعويض عن اى ضرر مباشر سواء كان متوقعا أو غير متوقع . (نقض مدنى فى ١١ من نوفمبر ١٩٦٥ — مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ رقم ١٥٨ ص ١٠٠٩) .

الضرر المباشر المتوقع (١) ؛ وما الذى يبرر قصر التعويض فى المسئولية العقدية على الضرر المباشر المتوقع ، وتحديد الضرر المتوقع من حيث توقع سبب الضرر ومقداره (٢) .

٤٧١ — تقدير التعويض بمبلغ من النقود : والقاضى يقدر التعويض عادة بمبلغ من النقود ، سواء فى ذلك المسئولية العقدية أو المسئولية التقصيرية أو أى التزام منشؤه مصدر آخر . ومع ذلك قد يكون التعويض غير نقدى فى بعض الحالات . ففى دعاوى السب والقذف يجوز للقاضى أن يأمر على سبيل التعويض بنشر الحكم القاضى بادانة المدعى عليه فى الصحف ، وهذا النشر يعتبر تعويضا غير نقدى عن الضرر الادبى الذى أصاب المدعى عليه . بل قد يكون التعويض تعويضا عينيا فيجوز للقاضى أن يحكم بهدم حائط أقامها المالك تعسفا لحجب النور والهواء عن جاره ، ويجوز له أيضاً فى حالة ما اذا هدم صاحب السفل سفله دون حق وامتنع من أن يعيد بناءه أن يأمر ببيع

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المدين فى المسئولية العقدية لا يلزم فى غير حالتى الغش والخطأ الجسيم الا بتعويض الضرر الذى يمكن توقعه عادة وقت التعاقد ، وذلك عملا بالمادة ١/٢٢١ من القانون المدنى، والضرر المتوقع يقاس بمعيار موضوعى لا بمعيار شخصى ، بمعنى أنه هو ذلك الضرر الذى يتوقعه الشخص المعتاد فى مثل الظروف الخارجية التى وجد فيها المدين ، لا الضرر الذى يتوقعه هذا المدين بالذات (نقض مدنى فى ٣١ من مارس ١٩٧٠ — مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ رقم ٨٦ ص ٥٣٨ ونقض مدنى فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٧٠ المجموعة سالفة الذكر رقم ١٩٧ ص ١٢٠٨ .

كما قضت محكمة النقض بأنه يجب لاعتبار الضرر متوقعا أن يتوقعه الشخص العادى فى مثل الظروف الخارجية التى وجد فيها المدين وقت التعاقد . (نقض مدنى فى ٤ من فبراير ١٩٧١ مجموعة احكام النقض السنة ١٤ رقم ٣٠ ص ١٧٢) .

(٢) انظر فى كل ذلك الوسيط الجزء الاول فقرة ٤٥١ — فقرة ٤٥٣ . وانظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٤ .

السفل لمن يتعهد ببنائه (م ٨٦٠ فقرة ١ مدنى) (١) .

٤٧٣ — شروط استحقاق التعويض — النصوص القانونية : وقد نصت المادة ٢١٥ من التقنين المدنى على أنه « اذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، مالم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيـــه . ويكون الحكم كذلك اذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه (٢) » .

---

(١) انظر فى التعويض النقدى والتعويض غير النقدى فى المســئولية التقصيرية ديموج ٦ فقرة ٢٩٦ — فقرة ٣٠٠ مكررة — الوسيط الجزء الاول فقرة ٦٤٤ — فقرة ٦٤٥ . وانظر فى التعويض عن عدم التنفيذ أو التأخر فى التنفيذ — اذا أتلف عامل النقل البضاعة أو تأخر فى تسليمها ، أو أســاء التالف للمدين المقصر (laissé pour compte) وتقاضى قيمة الصحيح كاملة الصانع صنع أثاث عهد اليه فى صنعه ، ونحو ذلك — عن طـريق ترك الشيء التالف للمدين المقصر (laissé pour compte) وتقاضى قيمة الصحيح كاملة منه : بودرى وبارد ١ فقرة ٤٤٩ — ديموج ٦ فقرة ٢٩٢ — فقرة ٢٩٥ وفقرة ٢٩٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٢٢ — بيدان ولاجارد ٨ فقـــرة ٥٧١ ص ٤١٢ — جوسران ٢ فقـــرة ٦٠٥ . عبد المنعم البدراوى . المرجع السابق ص ٦٦ .

(٢) **تاريخ النص :** ورد هذا النص فى المادة ٢٩٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٢٢ فى المشروع النهائى ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢١٥ (مجموعة الاعمال التحضــيرية ٢ ص ٥٤٦ — ص ٥٤٨) . وانظر المذكرة الايضاحية لهذا النص فى مجموعة الاعمال التحضــــيرية ٢ ص ٥٤٧ . ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى الســـابق المادتين ١١٩/١٧٧ و ١٧٨/٢٤١ : م ١١٩/١٧٧ — التضمينات المترتبة على عدم الوفـــاء بكل المتعهد به أو بجزئه أو المترتبة على تأخير الوفاء لا تكون مستحقة زيادة على رد ما أخذه المتعهد الا اذا كان عدم الوفاء أو التأخير منسوبا لتقصير المتعهد المذكور . م ١٧٨/٢٤١ : اذا صار الوفاء غير ممكن بتقصير المدين أو حـــدث عدم الامكان بعد تكليفه بالوفاء تكليفا رسميا ألزم بالتضمينات . (ولا تختلف أحكام التقنين المدنى الجديد عن هذه الاحكام) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الاخـــرى : التقنين المدنى السورى م ٢١٦ (مطابقة لنص المادة ٢١٥ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ١٦٨ (مطابقة لنص المادة ٢١٥ من التقنين المدنى المصرى ، غير انها مقصورة على المسئولية العقدية — وانظر الدكتور حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٦ — فقرة ٣٨) .

التقنين المدنى الليبى م ٢١٨ (مطابقة لنص المـــادة ٢١٥ من التقنين المدنى المصرى) .

وقد بينا فى الجزء الاول من الوسيط (١) أن هذا نص جوهرى فى كل من المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ، وقد وضع من أجل ذلك فى الباب المعقود لآثار الالتزام (٢) • ويتضح منه أن شروط التعويض هى نفس أركان المسئولية ، عقدية كانت أو تقصيرية • وهذه الأركان هى : ١ — الخطأ • ٢ — والضرر وعلاقة السببية ما بين الخطأ أو الضرر •

٤٧٣ — الخطأ (احالة) : والخطأ اما أن يكون عقديا أو تقصيريا• وقد بينا فى الجزء الأول من الوسيط (٣) ماهو الخطأ العقدى فى الالتزام بتحقيق غاية (٤) وفى الالتزام ببذل عناية ، وتكلمنا فى المسئولية العقدية

= تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٥٤ : في حالة التعاقد يكون المديون مسئولا عن عدم تنفيذ الموجب الا اذا اثبت ان التنفيذ اصبح مستحيلا فى الاحوال المبينة في المادة ٣٤١ — م ٢٥٥ : في بعض العقود وعلى وجه الاستثناء لا يكون المديون مسئولا لمجرد عدم تنفيذه العقد ؛ بل يكون الحاق التبعة به موقوفا على ارتكابه خطأ يجب على الدائن اثباته ، ويعين القانون درجة أهميته — م ٢٥٦ : أن شروط نسبة الضرر ، فى حالة عدم التعاقد ، معينة في المادة ١٢٢ وما يليها • (وجملة هذه الاحكام تتفق مع أحكام التقنين المدنى المصري) •

(١) فقرة ٤٢٤ ص ٦٥٤ •

(٢) وقد عالجنا شروط استحقاق التعويض عند الكلام فى المسئولية العقدية وفى المسئولية التقصيرية ، فنكتفي بالاحالة اليها هنا حيث نقتصر على افتراض الالتزام بالتعويض قائما بعد أن استوفى شروطه ، دون نظر الى مصدره هل هو عقد أو غير عقد (انظر فى هذا المعنى دى باج ٣ فقرة ٩٨) •

(٣) فقرة ٤٢٧ — فقرة ٤٣٥ •

(٤) وقد قضت محكمة النقض بان عقد نقل الاشخاص يلقى على عاتق الناقل التزاما بضمان سلامة الراكب بمعنى أن يكون ملزما بان يوصله الى الجهة المتفق عليها سليما وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق غاية ، فاذا اصيب الراكب فانه يكفى ان يثبت انه اصيب اثناء تنفيذ عقد النقل ويعتبر هذا منه اثباتا بعدم قيام الناقل بالتزامه فتقوم مسئولية الناقل عن هذا الضرر بغير حاجة الى اثبات وقوع خطأ من جانب الناقل ، ولا ترتفع مسئوليته عن سلامة الراكب الا اذا اثبت الناقل ان الحادث نشأ عنقوة قاهرة أو عن خطأ الراكب المضرور او خطأ من الغير لم يكن فى مقدور الناقل توقعه أو تفاديه • (نقض مدنى فى ٢٧ من يناير سنة ١٩٦٦ — مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ رقم ٢٦ ص ١٩٩) •

عن الغير وعن الأشياء . وبينا أيضا (۱) ما هو الخطأ التقصيرى بركنيه المادى والمعنوى ، وتكلمنا فى المسئولية التقصيرية عن عمل الغير والمسئولية التقصيرية الناشئة عن الأشياء . فلا نعود هنا الى ذلك ، ونقتصر على هذه الاحالة (۲) .

٤٧٤ — **الضرر (احالة)** : كذلك بينا فى الجزء الأول من الوسيط (۳) ما هو الضرر فى المسئولية العقدية ، وعلى من يقع عبء اثباته ، وكيف يتحقق كل من الضرر المادى والضرر الأدبى فى هذه المسئولية ، وكيف يجب التعويض عن كل منهما . وبينا الضرر فى المسئولية التقصيرية (٤) ، وكيف يتحقق بنوعيه من ضرر مادى وضرر أدبى ، وكيف تكفلت المادة ۲۲۲ من التقنين المدنى (٥) بالنص على وجوب تعويض الضرر الأدبى سواء كان ذلك فى المسئولية التقصيرية أو فى المسئولية العقدية (٦) .

---

(۱) الوسيط جزء أول فقرة ٥۲٦ — فقرة ٥٤۳ وفقرة ٦٦۲ — فقرة ۷۳٦ .

(۲) انظر أيضا المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ۲ ص ٥٤۲ — ٥٤٤ .

(۳) فقرة ٤٤۲ — ٤٤٩ .

(٤) الوسيط الجزء الاول فقرة ٥٦۸ — فقرة ٥۸۰ .

(٥) انظر النص وتاريخه فى الوسيط الجزء الاول (الطبعة الثالثة المجلد الثانى) ص ۱۲۱٤ هامش رقم ۱ .

(٦) انظر أيضا الموجز للمؤلف ص ٤٤۲ هامش رقم ۱ — وقد نصت المادة ۲٦۳ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أنه «يعتد بالاضرار الادبية كما يعتد بالاضرار المادية بشرط أن يكون تقدير قيمتها ممكنا على وجه معقول » ونصت المادة ۲٦٤ من نفس التقنين على أنه « يمكن الاعتداد بالاضرار المستقبلة على الشروط وعلى القياس المنصوص عليها للتعويض المختص بالاجرام فى المادة ۱۳٤ فقرتها السادسة » . وقضت المادة ۲۰٥ من التقنين المدنى العراقى بأن حق التعويض يتناول الضرر الادبى . وهذا النص قد ورد بين النصوص المتعلقة بالمسئولية التقصيرية ، ولا نص على الضرر الادبى فى المسئولية العقدية ومن ثم ذهب الدكتور حسن الذنون (أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٥٤) الى أن حق التعويض يتناول الضرر الادبى فى المسئولية التقصيرية دون المسئولية العقدية ، ويلاحظ على هذا الرأى أن الفقه الحديث قد أصبح =

٤٧٥ — علاقة السببية (احالة) : وكذلك فى علاقة السببية فى كل من المسئوليتين العقدية والتقصيرية تكلمنا فى السبب الأجنبى وفى السبب المنتج وفى السبب المباشر ، فنكتفى هنا بالاحالة (١) • وعند الكلام فى السبب الأجنبى عرضنا للخطأ المشترك (٢) ، وكيف يجوز فيه للقاضى أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما (٣) •

٤٧٦ — التعديل الاتفاقى لقواعد المسئولية (احالة) : وقد نصت المادة ٢١٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجىء والقوة القاهرة » •

« ٢ — وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى الا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم ، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه » •

« ٣ — ويقع باطلا كل شرط يقضى بالاعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع (٤) •

= مجمعا على جواز التعويض عن الضرر الادبى فى المسئوليتين التقصيرية والعقدية ، وأن نص المادة ٢٠٥ مدنى عراقى ، وان كان قد ورد فى المسئولية التقصيرية اذ هى الميدان الاكثر اتساعا للضرر الادبى ، ليس الا تطبيقا لقاعدة عامة هى جواز التعويض عن الضرر الادبى بوجه عام •

(١) الوسيط الجزء الاول فقرة ٤٥٤ — فقرة ٤٥٥ وفقرة ٥٨١ — فقرة ٦١٠ •

(٢) انظر نص المادة ٢١٦ مدنى وتاريخ النص فى الجزء الاول من الوسيط الطبعة الثالثة المجلد الثانى ص ١٢٤٣ هامش رقم ١ •

(٣) الوسيط الجزء الاول فقرة ٥٩٦ •

(٤) انظر فى تاريخ النص الوسيط الجزء الاول الطبعة الثالثة المجلد الاول ص ٩١٤ هامش رقم ١ •

وقد سبق من بينا فى المسئولية العقدية كيف يجوز الاتفاق على تعديل قواعدها ، فيجوز التشديد فيها كما يجوز التخفيف ، بل ويجوز الاعفاء منها فى حدود بينها النص (١) • وبينا كذلك فى المسئولية التقصيرية كيف لايجوز الاتفاق على الاعفاء منها أو التخفيف ، وكيف يجوز الاتفاق على التشديد ، فنكتفى هنا أيضا بالاحالة (٢) •

(١) انظر الوسيط الجزء الاول فقرة ٤٣٧ — فقرة ٤٤١ •

وقد قضت محكمة النقض بأن الاتفاق على اعفاء المدين من اية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى الا ما ينشا عن غشه أو عن خطئه الجسيم • واذن فاذا كان سند الشحن قد تضمن شرطا باعفاء مصلحة السكة الحديد من المسئولية الناشئة عن فقد البضائع أو تلفها بعد فوات موعد استحقاق رسوم الارضية وكان الثابت ان المرسل اليها قد تراخت فى استلام البضاعة من محطة الوصول الى ما بعد استحقاق رسوم الارضية واكتشف العجز فى البضاعة عند ذلك فان الحكم المطعون فيه اذ اهدر شرط الاعفاء من المسئولية فى هذه الصورة يكون قد خالف القانون (نقض مدنى فى ٢٩ من مارس ١٩٦٢ — مجموعة احكام النقض السنة ١٣ رقم ٥٨ ص ٣٧٣) •

(٢) انظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٥٢ — فقرة ٦٥٤ وانظر ايضا المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٣ •

الفصـــل الثانى

التعويض الاتفاقى أو الشرط الجزائى

(La clause pénale)

٤٧٧ — **ما هو الشرط الجزائى :** يحدث كثيرا أن الدائن والمـدين لايتركان تقدير التعويض الى القاضى كما هو الأصل ، بل يعمـدان الى الاتفاق مقدما على تقدير هذا التعويض . فيتفقان على مقدار التعويض الذى يستحقه الدائن اذا لم يقم المدين بالتزامه وهذا هو التعويض عن عدم التنفيذ ، أو على مقدار التعويض الذى يستحقه الدائن اذا تأخـر المدين فى تنفيذ التزامه وهذا هو التعويض عن التأخير . هذا الاتفاق مقدما على التعويض يسمى بالشرط الجزائى .

وسمى بالشرط الجزائى لأنه يوضع عادة كشرط ضمن شروط العقد الأصلى الذى يستحق التعويض على أساسه . ولكن لا شىء يمنع من أن يكون فى اتفاق لاحق لهذا العقد (١) (م ٢٢٣ مدنى) ، بل لاشىء يمنع من أن يكون اتفاقا على تقدير التعويض المستحق من مصدر غير العقـد كالعمل غير المشروع (٢) وان كان هذا يقع نادرا (٣) .

---

(١) ولكن قبل وقوع الضرر الذى يقـدر الشرط الجزائى التعـويض عنه ، وذلك حتى لا يلتبس بالصلح او بالتجديد (دى باج فقرة ١٢٠) .

(٢) ومن الأمثلة على شرط جزائى يقدر التعويض عن عمل غير مشروع الشرط الجزائى الذى يتفق عليه فى حالة الاخلال بوعد بالزواج ، اذ الاخلال بهذا الوعد تترتب عليه مسئولية تقصيرية لا عقدية (قارن أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٩ ص ١٧٢) . كذلك الشرط الجزائى الذى يتفق عليه فى حالة ابطـال بيع ملك الغير تقدير لتعويض عن مسئولية تقصيرية . واذا حدد المتعاقدان مبلغ التعويض فى حالة فسخ العقد ، فالمسئولية التى تتخلف عن فسـخ العقد انما هى مسئولية تقصيرية حدد المتعاقدان بشرط جزائى مبلغ التعويض عنها (قارب دى باج ٣ فقـرة ١٢١ مكررة ثالثا وفقـرة ١٢٣) . واذا كان الاخلال بالعقد جريمة جنائية — كجريمة التبديد — واتفق المتعاقدان عـلى شرط جزائى ، فان هذا يكون اتفاقا متـدما على التعـويض عن جريمـة اى عن عمل غير مشروع (دى باج ٣ فقرة ١١٧) .

(٣) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمـال التحضيرية ٢ ص ٥٧٣ .

والأمثلة على الشرط الجزائي كثيرة متنوعة • فشروط المقاولة (cahier des charges) قد تتضمن شرطا جزائيا يلزم المقاول بدفع مبلغ معين عن كل يوم أو عن كل أسبوع أو عن كل مدة أخرى من الزمن يتاخر فيها المقاول عن تسليم العمل المعهود اليه انجازه • ولائحة المصنع (règlement d'atelier) قد تتضمن شروطا جزائية تقضى بخصم مبالغ معينة من أجرة العامل جزاء له على الاخلال بالتزاماته المختلفة • وتعريفه مصلحة السكك الحديدية أو مصلحة البريد قد تتضمن تحديد مبلغ معين هو الذى تدفعه المصلحة للمتعاقد معها فى حالة فقد « طرد » أو فقد رسالة • واشتراط حلول جميع أقساط الدين اذا تأخر المدين فى دفع قسط منها هو أيضا شرط جزائى ولكن من نوع مختلف ، اذ هو هنا ليس مقدارا معينا من النقود قدر به التعويض ، بل هو تعجيل أقساط مؤجلة • ومثل ذلك ما قضت به محكمة استئناف مصر من أنه اذا اتفق المؤجر والمستأجر على أن يسلم المستأجر عند انتهاء اجارته الأطيان المؤجرة اليه خالية من الزراعة ، وشرط فى العقد تعويض المؤجر عن الاخلال بهذا الاتفاق بأن الزراعة التى عسى أن تكون قائمة عند انتهاء الايجار تكون ملكا للمؤجر ، كان الاتفاق الأصلى صحيحا وكان الشرط الجزائى صحيحا معه (١) •

---

(١) ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ ص ٢١٤ — ويقول ديموج فى هذا الصدد ان الشرط الجزائى ان يكون مبلغا من النقود ، كما يصح أن يكون شيئا او عملا او امتناعا أو تقصير ميعاد فى استعمال الحق او تشديدا فى شروط استعماله او اشتراط ترخيص او تغيير مكان تنفيذ الالتزام (ديموج ٦ فقرة ٤٥٣ ص ٤٨٨) — انظر ايضا : نقض مدنى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة ١ ص ٣٠ — محكمة مصر الوطنية ٢٥ مايو سنة ١٩٠١ الحقوق ١٧ ص ٩ — ١٥ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ ص ٣٤٩ — طنطا الكلية الوطنية ١٧ يناير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ ص ٨٢ — مصر الوطنية الاستئنائية ١٦ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٢ ص ٢٤٥ — وانظر الموجز للمؤلف فقرة ٤٤٨ .

هذا والأصل فى الشرط الجزائى هو ان يكون تقديرا مقدما للتعويض كما اسلفنا القول .ولكن قد يستعمله المتعاقدان لاغراض اخرى . من ذلك ان يتفقا على مبلغ كبير يزيد كثيرا على الضرر الذى يتوقعانه ، فيكون الشرط =

وبعد أن عرفنا بالشرط الجزائى على هذا النحو ، نتكلم فى : ١ — شروط استحقاقه وتكييفه انقانونى ٢ — ما يترتب عليه من الأثر .

الفــرع الاول

شروط استحقاق الشرط الجزائى وتكييفه القانونى

٤٧٨ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٢٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها

= الجزائى بمثابة تهديد مالى . وقد يتفقان على مبلغ صغير يقل كثيرا عن الضرر المتوقع ، فيكون الشرط الجزائى بمثابة اعفاء أو تخفيف من المسئولية . فاذا ستر الشرط الجزائى غرضا غير مشروع ، كأن أخفى اعفاء غير مشروع من المسئولية ، كان الشرط باطلا (انظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٦٧ — دى باج ٣ فقرة ١١٩ — وقارن أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٩ ص ١٧٢ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٤٥) — وقد يكون الغرض من الشرط الجزائى تأكيد التزام المتعهد عن الغير ، بتحديد مبلغ التعويض الذى يكون مسئولا عنه اذا لم يقم بحمل الغير على التعهد . وقد قضت محكمة النقض بأن الشرط الجزائى متى تعلق بالتزام معين وجب التقيد به واعماله فى حالة الاخلال بهذا الالتزام ، أيا كان الوصف الصحيح للعقد الذى تضمنه ، بيعا كان أو تعهدا من جانب الملتزم بالسعى لدى الغير لاقرار البيع ، واذن فاذا كان الحكم ، مع اثباته اخلال الملتزم بما تعهد به بموجب العقد من السعى لدى من ادعى الوكالة عنهم لاتمام بيع منزل فى حين أنه التزم بصفته ضامنا متضامنا معهم بتنفذ جميع شروط العقد ، لم يعمل الشرط الجزائى المنصوص عليه فى ذلك العقد قولا بأن العقد فى حقيقته لا يعدو أن يكون تعهدا شخصيا بعمل معين من جانب المتعهد ، فانه يكون قد اخطأ (نقض مدنى ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٢ ص ١٨٠) . وقد يوضع شرط جزائى فى الاشتراط لمصلحة الغير لتقدير التعويض المستحق للمشترط فى حالة اخلال المتعهد بالتزامه نحو المنتفع ، فيمثل الشرط الجزائى فى هذه الحالة المصلحة المادية للمشترط فى اشتراطه لمصلحة الغير ، وكان وضع الشرط الجزائى (stipulatio poenae) على هذا النحو فى القانون الرومانى سبيلا لتصحيح الاشتراط لمصلحة الغير ذاته (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٦٧ — دى باج ٣ فقرة ١١٩) .

فى العقد أو فى اتفاق لاحق ، ويراعى فى هذه الحالة أحكام المواد من ٢١٥ الى ٢٢٠ (١) » .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٩٨/١٥٢ ، وهى بالرغم مما اشتملت عليه من عيوب ملحوظة فى الصياغة لا تختلف فى الحكم عن نص التقنين المدنى الجديد (٢) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٢٤ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ١٧٠ فقرة أولى ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٢٦ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢٦٦ فقرة أولى ، وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٣٠٢ ، وفى التقنين المدنى الاردنى المادة ٣٦٤ فقرة اولى (٣) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٣٠١ من المشرع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد ، واقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٣٠ من المشرع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٢٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٩ — ص ٥٧٠) .

(٢) وكانت المادة ٩٨/١٥٢من التقنين المدنى السابق تجرى على الوجه الآتى : « اذا كان التعهد بشىء معين مقرر حكمه فى القانون او متفق عليه بين المتعاقدين بأن يكون جزاء للمتعهد عند عدم وفائه بشىء متعهد به فى الأصل ، كان الخيار للمتعهد اليه فى طلب وفاء التعهد الأصلى او التعهد الجزائى بعد تكليف المتعهد بالوفاء تكليفا رسميا » . وهذا النص يوهم أن الشرط الجزائى التزام تخييرى ، للدائن أن يطالب به او أن يطالب بالالتزام الأصلى . وهذا خطأ تشريعى (قارن مصر الكلية ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٩٤ القضاء ٢ رقم ١٣) . اما التقنين المختلط (م ١٥٢) فقد اضاف العبارة الآتية : « انما يجوز دائما للمتعهد منع هذا الخيار بقيامه بوفاء التعهد الأصلى بتمامه ، ما لم يكن التعهد الجزائى منصوصا على وجوبه لمجرد التأخر » . وبهذه الاضافة يكون التقنين المختلط اكثر دقة من التقنين الوطنى (أنظر والتون ٢ ص ٣٩٥ — ص ٣٩٦ — الموجز للمؤلف ص ٤٤٥ هامش رقم ١) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٢٤ (مطابقة لنص المادة ٢٢٣ من التقنين المدنى المصرى) — التقنين المدنى العراقى م ١٧٠ فقرة أولى (مطابقة لنص المادة ٢٢٣ من التقنين المدنى المصرى) — التقنين المدنى الليبى م ٢٢٦ (مطابقة لنص المادة ٢٢٣ من =

٤٧٩ — المميز للشرط الجزائى : ويتبين من النص السالف الذكر أن الشرط الجزائى ليس هو السبب فى استحقاق التعويض ، فلا يتولد عنه التزام أصلى بالتعويض ، ولكن يتولد عنه التزام تبعى بتقدير التعويض بمبلغ معين ، وشروط استحقاق هذا الالتزام هى نفس شروط الالتزام الأصلى ، وتكييفه القانونى هو أنه التزام تابع لاالتزام أصيل (١) •

المبحث الأول

شروط استحقاق الشرط الجزائى

٤٨٠ — سبب استحقاق التعويض : قدمنا أن الشرط الجزائى ليس هو السبب فى استحقاق التعويض ، وانما نشأ التعويض من مصدر آخر ، يغلب أن يكون عقدا كما مر القول • وعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه الناشىء من هذا العقد هو السبب فى استحقاق التعويض عن عدم التنفيذ ، وكذلك تأخر المدين فى تنفيذ التزامه العقدى هو السبب فى استحقاق التعويض عن التأخير (٢) • والشرط الجزائى انما هو تقدير المتعاقدين مقدما لكل من التعويضين •

= التقنين المدنى المصرى) • تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٦٦ فقرة اولى : للمتعاقدين ان يعينوا مقدما فى العقد او فى صك لاحق ، قيمة بدل العطل والضرر فى حالة تخلف المديون عن تنفيذ الموجب كله او بعضه (والحكم واحد فى التقنين اللبنانى والمصرى •

التقنين المدنى الكويتى م ٣٠٢ : اذا لم يكن محل الالتزام مبلغا من النقود ، يجوز للمتعاقدين أن يقدرا مقدما التعويض فى العقد او فى اتفاق لاحق •

التقنين المدنى الاردنى م ٣٦٤ فقرة اولى (مطابقة لنص المادة ٢٢٣ من التقنين المدنى المصرى) •

(١) من اجل ذلك لا يجتمع الشرط الجزائى عن عدم التنفيذ مع التنفيذ العينى ، ولكن يجتمع مع التنفيذ العينى الشرط الجزائى عن التأخر فى التنفيذ (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٥) •

(٢) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «ليس الشرط الجزائى فى جوهره الا مجرد تقدير اتفاقى للتعويض -

٤٨١ — شروط استحقاق الشرط الجزائى : فشروط استحقاق الشرط الجزائى هى نفس شروط استحقاق التعويض • وقد قدمنا أن شروط استحقاق التعويض هى وجود خطأ من المدين ، وضرر يصيب الدائن ، وعلاقة سببية ما بين الخطأ والضرر ، واعذار المدين • فهذه هى أيضا شروط استحقاق الشرط الجزائى ، وقد أشارت الى ذلك المادة ٢٢٣ حيث أحالت على المواد ٢١٥ — ٢٢٠ • وهذه المواد بعضها — م ٢١٥ — ٢١٧ — يتناول الشروط الثلاثة الأولى ويدخل فى ذلك التعديل الاتفاقى لقواعد المسئولية ، وبعضها — م ٢١٨ — ٢٢٠ — يتناول شرط الاعذار (١) •

٤٨٢ — شرط الخطأ : فلا يستحق الشرط الجزائى اذن الا اذا كان هناك خطأ من المدين (٢) • والغالب أن يكون هذا الخطأ خطأ عقديا كما أسلفنا القول • فاذا لم يكن هناك خطأ من المدين (٣) • فلا مسئولية فى

= الواجب اداؤه . فلا يعتبر بذاته مصدرا لوجوب هذا التعويض ، بل للوجوب مصدر آخر قد يكون التعاقد فى بعض الصور ، وقد يكون العمل غير المشروع فى صور أخرى . فلابد لاستحقاق الجزاء المشروط اذن من اجتماع الشروط الواجب توافرها للحكم بالتعويض ، وهى الخطأ والضرر والاعذار » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٣) .

(١) وكان هذا هو الحكم ايضا فى عهد التقنين المدنى السابق : استئناف مصر (الدوائر المجتمعة) ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٧ ص ١٥٣ — المحاماة ٧ ص ٣٣١ — استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٢ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٧ ص ١٦٥ — استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٤ — ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٩١ — ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣٨ .

(٢) استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٤ . وقد قضت محكمة النقض ان عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدى يعتبر فى ذاته خطأ يرتب مسئوليته . (نقض مدنى فى ٥ من ديسمبر سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ٢٢٧ ص ١٤٩٠) .

(٣) ووقوع خطأ من المدين يترك الى تقدير محكمة الموضوع بعد استيفاء الشروط القانونية للخطأ . وقد قضت محكمة النقض بانه اذا نص فى العقد على شرط جزاء عند عدم قيام المتعهد بما التزم به ، فلمحكمة الموضوع السلطة المطلقة فى اعتباره مقصرا أو غير مقصر حسبما يتراءى لها من الأدلة المقدمة ، ولا سلطة لمحكمة النقض عليها فى هذا التقدير (نقض مدنى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٨ ص ٤٠) . =

جانبه ، ولايكون التعويض مستحقا • ومن ثم لامحل لاعمال الشرط الجزائى ، فما هو الا تقدير لتعويض قد استحق ، ولم يستحق التعويض كما قدمنا •

٤٨٣ — شرط الضرر • ولا يستحق الشرط الجزائى كذلك اذا لم يكن هناك ضرر أصاب الدائن • ذلك أن الضرر من أركان استحقاق التعويض ، فاذا لم يوجد ضرر لم يكن التعويض مستحقا ، ولا محل لاعمال الشرط الجزائى فى هذه الحالة (١) •

ومع وضوح هذا الحكم فانه غير مسلم به فى القانون الفرنسى ، وكان محلا للتردد فى عهد التقنين المدنى السابق •

أما فى القانون الفرنسى ، فقد نصت المادة ١١٥٢ من التقنين المدنى الفرنسى على أنه « اذا ذكر فى الاتفاق أن الطرف الذى يقصر فى تنفيذه يدفع مبلغا معينا من النقود على سبيل التعويض ، فلايجوز أن يعطى

= والدائن بالشرط الجزائى هو الذى يقع عليه عبء اثبات خطأ المدين (استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣٨) . وقد قضت محكمة النقض بأنه يشترط لاستحقاق التعويض عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير فى تنفيذه وجود خطأ من المدين ، ولا يغنى عن توافر هذا الشرط أن يكون التعويض مقدرا فى العقد ، لأن هذا التقدير ليس هو السبب فى استحقاق التعويض ، وانما ينشأ الحق فى التعويض عن عدم تنفيذ الالتزام او التأخير فى تنفيذه ، واذ يبين من الحكم المطعون فيه أنه قضى برفض دعوى فسخ عقد البيع المرفوعة من الطاعنة على المطعون ضدهما استنادا الى انهما قاما بدفع باقى الثمن فى الوقت المناسب ، مما مؤداه انتفاء الخطأ فى حقهما ، وهو ما يكفى لحمل قضاء الحكم برفض طلب التعويض ، ولو كان مقدرا فى العقد ، فان النعى على الحكم يكون على غير أساس : نقض مدنى فى ٢٥ يناير سنة ١٩٧٩ مجموعة احكام النقض السنة ٣٠ رقم ٧٥ ص ٣٨٥ .

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ . وقضت محكمة النقض بأنه لا يكفى لاستحقاق التعويض الاتفاقى مجرد توافر ركن الخطأ فى جانب المدين بالالتزام ، وانما يشترط أيضا توافر ركن الضرر فى جانب الدائن ، فاذا اثبت المدين انتفاء الضرر سقط الجزاء المشروط (نقض مدنى فى ١٤ من نوفمبر سنة ١٩٦٧ — مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ رقم ٢٥٢ ص ١٦٦٨) .

لتعويض الطرف الآخر مبلغ أكثر أو أقل (١) » فذهب القضاء الفرنسى الى أن الشرط الجزائى يستحق حتى لو لم يثبت الدائن أن هناك ضررا أصابه ؛ فان اتفاق الطرفين على شرط جزائى ، وتقديرهما مقدما للتعويض المستحق ، معناه أنهما مسلمان بأن اخلال المدين بالتزامه يحدث ضررا اتفقا على المقدار اللازم لتعويضه (٢) .

أما فى مصر فى عهد التقنين المدنى السابق ، فقد كانت المادة ١٢٣/ ١٨١ من هذا التقنين تجرى على الوجه الآتى : « اذا كان مقدار التضمين فى حالة عدم الوفاء مصرحا به فى العقد أو فى القانون ، فلا يجوز الحكم بأقل منه ولا بأكثر » . ومع أنه كان واضحا أن هذا النص مأخوذ من المادة ١١٥٢ من التقنين المدنى الفرنسى سالفة الذكر ، فان القضاء المصرى ظل مترددا ، تقضى بعض أحكامه بعدم اشتراط اثبات الدائن لوقوع ضرر اصابه على غرار القضاء الفرنسى ، وتقضى أحكام أخرى بوجوب اثبات وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائى تطبيقا للقواعد العامة فى المسئولية . ثم انحسم الخلاف ، واستقر القضاء المصرى على الرأى الثانى وهو المتفق مع القواعد العامة ، وقضت الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف فى كل من القضائين الوطنى والمختلط بأنه يشترط لاستحقاق الشرط الجزائى أن يكون هناك ضرر أصاب الدائن . (٣) .

---

(١) وهذا هو الأصل فى نصه الفرنسى :

Art. 1152 : Lorsque la convenion porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommage - intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.

(٢) ويكون الغرض من الشرط الجزائى منع اى جدل يدور حول وقوع الضرر ومقدار تعويضه (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٦٨) .

(٣) كان القضاء الوطنى مترددا فى أول الأمر . فبعض الاحكام كانت تقضى بوجوب وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائى : استئناف اهلى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩١٠ الحقوق ٢٦ ص ٨٥ — ٢٤ فبراير سنة ١٩١٤ الحقوق ٣١ ص ٤٦ — ١٠ نوفمبر سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٢٩ ص ٤٤ — ٣٠ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ ص ٢٠٩ — ١٤ مايو سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ ص ٢٣ — ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المجموعة =

وجاء التقنين المدنى الجديد فنص صراحة على وجوب وقــوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائى ، فتمشى بذلك مع القواعد العامة ، وقنن القضاء المصرى الوطنى والمختلط على الوجه الذى قدمناه . وهــذا

= الرسمية ٢٦ ص ١٣ . وكانت أحكام أخرى لاتشترط اثبات وقــوع الضرر : استئناف أهلى ١٣ فبراير سنة ١٩٠٦ الاســتقلال ٥ ص ٢٥٨ — ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٥ ص ٦١ — ٢٠ فبراير سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم الشرائع ٢ ص ١٢٨ — ٨ ديسمبر سنة ١٩١٣ الحقوق ٢٩ ص ٢٣٨ — ٢ ديسمبر ســنة ١٩١٤ الشرائع ٢ ص ١١٧ . ثم حسمت محكمة الاستئناف الوطنية فى دوائرها المجتمعة هــذا الخلاف ، وقضت بوجوب وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائى (٢ ديســمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٧ ص ١٥٣ — المحاماة ٧ ص ٣٣١) . غير أن محكمة استئناف مصر قضت فى حكم لها ، بعد صدور حكم الدوائر المجتمعة ، بأن وقوع الضرر لا يشترط : ٢٨ ابريل سنة ١٩٣٢ المحامــاة ١٣ رقم ٤٢٥/١ ص ٨٦٠ .

وكان القضــاء المختلط مترددا كذلك . فمن الأحــكام ما قضت بوجوب وقوع الضرر : استــئناف مختلط أول مارس ســنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٤٥ — ٩ فبراير ســنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١١٢ — ١٢ نوفمبــر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٩ — ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٢ — ٦ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٠٨ — ١٣ ابريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٧١ — ومن الأحكام ما قضت بعكس ذلك ولم تشــترط وقــوع الضرر : اســتئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٣٩ — ١٠ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٧٠ — ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٠١ . ثم حسمت محكمة الاستئناف المختلطة فى دوائرها المجتمعة هذا الخــلاف ، وقضت بوجــوب وقوع الضرر كما فعلت بعد ذلك محكمة الاستئناف الوطنية (اســتئناف مختلط دوائر مجتمعة ٩ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٥٥ — انظــر ايضا فى هذا المعنى : اســتئناف مختلط ١٢ مايو ســنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٦٢ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٢١ — ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ١٧) . ويبقى الخلاف هل مع وجود الشرط الجزائى يقع عبء اثبات الضرر على الدائن (استئناف مختلط اول مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢١٤ — ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣٨ — ٢٣ ديسمبر ســنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٢١) أو ينتقل عبء الاثبات الى المدين فيكلف بنفى وقوع الضرر (استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٦٧ — ٩ ديسمبر ســنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٩١ — ٢٥ مــارس ســنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨١ — ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ١٧ : يعتبر ســكوت الــدائن مــدة طويلة قرينة على انتفاء الضرر) . وينص التقنين الجديد — كمــا سنرى — أن عبء الاثبات ينتقل الى المدين ، وهو الذى عليــه ان يثبت ان الدائن لم يلحقه ضررا (انظر فى القضاء المصرى فى عهد التقنين المدنى السابق الموجز للمؤلف ص ٤٤٤ هامش رقم ١) .

هو ماجرت به الفقرة الاولى من المادة ٢٢٤ من هذا التقنين : « لايكون التعويض الاتفاقى مستحقا اذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقــــه أى ضرر » . ويلاحظ من هذا النص أن الشرط الجزائى ، بالنسبة الى وقوع الضرر ، لايخلو من فائدة . فوجود هذا الشرط يجعل الضرر واقعــا فى تقدير المتعاقدين ، ولذلك يفترض وقوع الضرر ، ولا يكلف الـــدائن اثباته . وعلى المدين ، اذا ادعى أن الدائن لم يلحقه أى ضرر ، أن يثبت ذلك . فعبء اثبات الضرر اذن — خلافا للقواعد العامة — ينتقــل من الدائن الى المدين بفضل وجود الشرط الجزائى (١) .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الطــاعن اتفــق مع المطعون عليه على أن يحصل من ابنه على اجازة العقد الخاص باشراكه فى ادارة عمل برســا على ابن الطاعن ، كما اتفقــا على انه اذا اخــل الطاعن بهذا الالتزام فيدفع للمطعون عليه مبلغا معينا بصفة تعــويض ، وكان مقتضى هذا الشرط الجزائى ان يكون على الطاعن الذى اخــــل بالتزامه — فحق عليه التعويض — عبء اثبــات ان ابنــــه قــد خسر فى الصفقة وانه بذلك يكون قد اصاب المطعون عليه ضرر نتيجة عــــدم اشراكه فى العمل المذكور ، وكان يبين من الأوراق أن الطاعن قصر دفاعه على مجرد القول بأن ابنه خسر فى الصــفقة دون تقــديم ما يؤيد ذلك ، فيكون فيما جاء بالحكم ، بناء على الاسباب التى اوردها ، من عدم التعويل على دفاع الطاعن بأنه لم يلحق المطعون عليه ضرر ، الرد الكافى عــلى ما ينعى به الطاعن من ان الحكم لم يتحــدث عن الضرر (نقض مــدنى ٣٠ اكتوبر ســـنة ١٩٥٢ مجموعة احــــكام النقض ٤ رقم ١٠ ص ٥٤) .
وقضت محكمة النقض أيضا بأنه لما كان اشتراط الدائن فى العقد جــزاء مقدما عند عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه جائزا ولا مخالفة فيه للنظــــام العام ، وكان المدين لم دع فى كافة مراحل التقاضى ان ضررا لم يعد علــى الدائن من تقصـــيره فى تنفيذ تعهـــده فان الحكم اذ قضى بالتعويض المتفق عليه فى العقد لا يكون قد خالف القانون : نقض مـــدنى فى ١٤ من ابريــل سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ رقم ١٢٤ ص ٩٤٦ .
كما قضت محكمة النقض بأنه اذا كان الشرط الاضافى الــوارد فى العقد قد الزم البائع بدفع فرق السعر عن الكمية التى لا يوردها ، فان تحقق مثل هذا الشرط يجعل الضرر واقعا فى تقدير المتعاقدين ، فلا يكلف الدائن باثباته ويقع على عــاتق المدين (البائع) فى هـــذه الحالة عبء اثبات انتفاء الضرر اعمالا للشرط الجزائى : نقض مدنى ١٢ من نوفمبـــر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٠ رقم ٩٧ ص ٦٤١ .
وقضت محكمة النقض كذلك بأنه متى كان الحكم المطعون فيه قد اثبت =

٤٨٤ — **شرط علاقة السببية :** ولا يستحق الشرط الجزائى الا اذا قامت علاقة السببية بين الخطأ والضرر •• أما اذا انتفت هذه العلاقة بثبوت السبب الأجنبى ، أو انتفت بأن كان الضرر غير مباشر أو كان فى المسئولية العقدية مباشرا ولكنه غير متوقع ، فعند ذلك لاتتحقق المسئولية ولا يستحق التعويض ، فلا محل اذن لاعمال الشرط الجزائى (١) •

٤٨٥ — **شرط الاعذار :** والاعذار شرط لاستحقاق الشرط الجزائى، فى جميع الاحوال التى يجب فيها اعذار المدين • أما فى الاحوال التى لا ضرورة فيها للاعذار ، فانه لا يشترط (٢) • وقد تقدم ذكر كل ذلك تفصيلا • وما دام التعويض لا يستحق الا بالاعذار فى الأحوال التى يجب فيها ، فانه اذا لم يقم الدائن بأعذار المدين فى هذه الأحوال لم يكن التعويض مستحقا ، ولا يكون ثمة هناك محل لاعمال الشرط الجزائى(٣)•

= ان الطاعن اخل بالتزامه بتوريد باقى الكمية المتعاقد عليها ، فيكون مسئولا عن التعويض ، وكان الطرفان قد اتفقا بالعقد على تقدير هذا التعويض ، فان هذا الشرط الجزائى يقتضى أن يكون على الطاعن عبء اثبات أن مورث المطعون عليهم لم يصبه ضرر نتيجة عدم التوريد : نقض مدنى فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ رقم ٢٤٢ ص ١٤٢٧ .

(١) ومع ذلك يجوز الاتفاق على مخالفة هذا الحكم ، ويكون هذا بمثابة اتفاق على التشديد من المسئولية وتحميل المدين تبعة الحادث الفجائى . وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « فيشترط أولا توافر الخطأ . ويتفرع على ذلك أن الجزاء المشروط لا يجوز استيفاؤه متى أصبح الوفاء بالالتزام مستحيلا من جراء سبب أجنبى لا يد للمدين فيه (م ١٦٣ فقرة ٢ من تقنين الالتزامات السويسرى و م ٦٧٧ من التقنين البرتغالى) . بيد أن الاتفاق على مخالفة هذا الحكم يقع صحيحا بوصفة اشتراطا من اشتراطات التشديد من المسئولية ، يقصد منه الى تحميل المدين تبعة الحادث الفجائى (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٣ — ص ٥٧٤) .

(٢) استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٩٥ (لا ضرورة للاعذار فى شرط جزائى لالتزام بالامتناع عن عمل) .

(٣) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ — ص ٥٧٥ . وكان هذا هو أيضا الحكم فى عهد التقنين المدنى السابق (م ٩٨ مدنى أهلى) : استئناف أهلى ٢ مايو سنة =

وقد أشارت المادة ٢٢٣ مدنى فى استحقاق الشرط الجزائى الى وجوب تطبيق النصوص المتعلقة بالاعذار (م ٢١٨ — ٢٢٠ مدنى) (١) • وقدمنا أن مجرد وجود شرط جزائى لا يعفى من الاعذار ، ولا يعتبر وجود هذا الشرط اتفاقا صريحا أو ضمنيا على اعفاء الدائن من اعذار المدين (٢) •

المبحث الثانى

التكييف القانونى للشرط الجزائى

٤٨٦ — الالتزام بالشرط الجزائى تابع للالتزام الاصلى : قدمنا أن الالتزام بالشرط الجزائى هو التزام تابع لا التزام أصيل • أما الالتزام الأصيل الذى يتبعه الالتزام بالشرط الجزائى فهو ما التزم به المدين أصلا بالعقد أو بغيره من مصادر الالتزام ، فقد يلتزم بنقل ملكية أو بعمل أو بالامتناع عن عمل ، ثم يتفق مع الدائن على مبلغ معين يقدران به التعويض فيما اذا أخل المدين بالتزامه •

ويترتب على أن الالتزام بالشرط الجزائى التزام تابع أمران : (أولا) أن العبرة هى بالالتزام الأصلى لا بالشرط الجزائى • (ثانيا)

= ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ١٤٥ — ٢١ يونيه سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ ص ٤٩ — استئناف مصر ٢٤ يناير سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٤٤ ص ٦٧ — مصر الكلية الوطنية ١٩ اغسطس سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٥٣٥ — استئناف مختلط ١١ يونيه سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٠٧ — ١٧ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٠٤ — ٣٠ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٩٦ — ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٣٩ — ٣١ اكتوبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٩ •

(١) انظر أيضا المادة ١٢٣٠ من التقنين المدنى الفرنسى •

(٢) انظر آنفا فقرة ٤٦٦ •

وقد قضت محكمة النقض بانه اذا كان الطاعن لم يتمسك امام محكمة الموضوع بعدم استحقاق التعويض الاتفاقى (الشرط الجزائى) لتخلف شرط الاعذار ، فلا يجوز له التمسك لاول مرة امام محكمة النقض بهذا السبب الذى لم يسبق عرضه على محكمة الموضوع • (نقض مدنى فى ٥ من ديسمبر سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ٢٢٧ ص ١٤٩١) .

بطلان الالتزام الأصلي يستتبع بطلان الشرط الجزائي ، أما بطلان الشرط الجزائي فلا يستتبع بطلان الالتزام الأصلي .

٤٨٧ — العبرة بالالتزام الاصيل لا بالشرط الجزائي : لايستطيع الدائن أن يطالب المدين الا بالالتزام الأصلي مادام تنفيذه ممكنا . كذلك لا يجوز للمدين أن يعرض على الدائن الا الالتزام الأصلي (١) . وانما يستطيع الدائن أن يطالب بالشرط الجزائي ، ويستطيع المدين أن يعرضه على الدائن ، اذا أصبح تنفيذ الالتزام الأصلي مستحيلا بخطأ المدين . أما اذا أصبح تنفيذ الالتزام الأصلي مستحيلا بسبب أجنبي ، فقد انقضى هذا الالتزام ، ولا يجوز عندئذ للدائن المطالبة بالشرط الجزائي ؛ لأن الشرط الجزائي ليس الا تقديرا لتعويض مستحق ، وهنا لا يستحق الدائن تعويضا ما .

ويتبنى على ما تقدم أن الشرط الجزائي — كالتعويض — لا يعتبر التزاما تخييريا ولا التزاما بدليا . فهو ليس بالتزام تخييري ، لأن الدائن لا يستطيع أن يختار بين الالتزام الأصلي والشرط الجزائي فيطلب تنفيذ أيهما ، بل هو لا يستطيع أن يطلب الا تنفيذ الالتزام الأصلي ما دام هذا ممكنا (٢) . ولأن المدين هو أيضا لا يملك هذا الخيار ، بل هو

---

(١) استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧٩ — ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١١ جازيت ٢ ص ٣٤ .

(٢) ومن ذلك نتبين عدم دقة المادة ٩٨ من التقنين المدني الوطني السابق والمادة ١٢٢٨ من التقنين المدني الفرنسي . فالمادة ٩٨ من التقنين المدني الوطني السابق كانت توهم أن الشرط الجزائي التزام تخييري الخيار فيه للدائن ، وهذا خطأ تشريعي سبقت الاشارة اليه . وقد اصلحت المادة ١٥٢ من التقنين المدني المختلط هذا الخطأ بان اضافت : « انما يجوز دائما للمتعهد منع هذا الخيار بقيامه بوفاء التعهد الأصلي بتمامه ، ما لم يكن التعهد الجزائي منصوصا على وجوبه لمجرد التأخر » . وقد مر ذكر ذلك (أنظر آنفا ص ١١١٥ هامش رقم ٢) .

أما المادة ١٢٢٨ من التقنين المدني الفرنسي فتنص على انه « يجوز للدائن ، بدلا من مطالبة المدين المعذر بالشرط الجزائي ، أن يطالب بتنفيذ الالتزام الاصلي » . وهذا النص يوهم أيضا أن الشرط الجزائي التزام تخييري الخيار فيه للدائن . ولكنه يفسر في فرنسا على الوجه الصحيح ، =

لا يستطيع الا أن يعرض تنفيذ الالتزام الأصلي ما أمكنه ذلك . والشرط الجزائي ليس بالتزام بدلي ، لأن المدين لايملك أن يعدل عن تنفيذ الالتزام الأصلي اذا كان ممكنا الى تنفيذ الشرط الجزائي كبـــديل عن الالتزام الأصلي (١) .

وانما الالتزام بالشرط الجزائي هو التزام تابع للالتزام الأصلي ، يبقى ببقائه وينقضي بانقضائه ، فاذا ما أصبح تنفيذ الالتزام الأصـــلي مستحيلا بخطأ المدين ، تغير محل الالتزام الاصلي وأصـــبح تعويضـــا تكفل الشرط الجزائي بتقديره .

٤٨٨ — بطلان الالتزام الاصلي يستتبع بطلان الشرط الجـــزائي ولا عكس : واذا كان الالتزام الاصلي باطلا ، كان الشرط الجزائي وهو التزام تابع باطلا كذلك . فاذا عقد الالتزام الاصلي غير ذي أهليـــة أو غير ذي صفة ، أو تعهد شخص بارتكاب جريمـــة والا دفع مبلغا معينا

= فلا يجوز للدائن ان يطالب بالشرط الجزائي اذا عرض المدين تنفيـــذ الالتزام الأصلي ، ولا يجوز للمدين أن يعرض الشرط الجزائي اذا طـــالب المدين بتنفيذ الالتزام الاصلي وكان هذا التنفيذ ممكنا ، وكل ما يعنيه النص هو ان وجود الشرط الجزائي لا يمنع الدائن من المطالبة بتنفيذ الالتـــزام الأصلي (كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ١٦٥) .

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٩ ص ١٧١ هامش رقم ١ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٣٦٠ فقرة ١٣٦١ — ديمـــوج ٦ فقرة ٤٤٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٢ — دى باج ٣ فقرة ١٢٣ .

كذلك لا يمكن اعتبار الالتزام الأصلي التزاما معلقا على شرط ، بل هو التزام بسيط . والالتزام المعلق على شرط هو الالتزام بالشرط الجزائي ، فانه لا يستحق الا اذا أصبح تنفيذ الالتزام الأصلي مستحيلا بخطأ المدين (لارومبيير ٤ المادة ١٢٢٨ فقرة ٥ — لوران ١٧ فقرة ٤٣١ — هيك ٧ فقرة ٣٧ . ديمولومب ٢٦ فقـــرة ٦٤٨ — أوبرى ورو ٤ فقـــرة ٣٠٩ ص ١٧١ هامش رقم ١ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٦٢ — ديموج ٦ فقـــرة ٤٤٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٢ — دى باج ٣ فقرة ١٢٦) . وانظر في تكييف الشرط الجزائي مقالا للأستاذ سيرانوفاشيو (Seirano Facio) في الطبيعة القانونية للشرط الجزائي في القـــانون الفرنسي وفي القوانين اللاتينية الامريكية (المجلة الدولية للقانون المقارن سنة ١٩٤٩ ص ٢١٥) .

كشرط جزائى ، كان كل من الالتزام الأصلى والشرط الجزائى باطلا (١) .

ولكن اذا كان الشرط الجزائى باطلا ، فلا يستتبع ذلك أن يكون الالتزام الأصلى باطلا ، لأن الشرط الجزائى التزام تابع ، فلا يتعلق به مصير الالتزام الأصلى . مثل ذلك أن يشترط الدائن المرتهن ، كشرط جزائى اذا لم يستوف الدين عند حلوله ، أن يبيع العين المرهونة دون اتباع الاجراءات الواجبة قانونا أو أن يتملك العين ، ففى هذه الحالة يكون الشرط الجزائى باطلا دون أن يبطل الالتزام الأصلى (٢) .

---

(١) استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٤ — وقد يقترن بيع ملك الغير بشرط جزائى ، ولا يجيز المالك الحقيقى العقد فيبطل المشترى البيع ويتقاضى الشرط الجزائى . والسبب فى ذلك أن الشرط الجزائى هنا ليس تابعا لالتزام باطل نشأ عن بيع ملك الغير ، والا كان الشرط الجزائى ذاته باطلا أيضا ، وانما هو تابع لالتزام نشأ عن مسئولية البائع لملك غيره ، وهى مسئولية تقصيرية قائمة ، فيقوم معها الشرط الجزائى (انظر آنفا فقرة ٤٧٧ فى الهامش . وقارن أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٩ ص ١٧٢ وهامش رقم ٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٢ ص ٢٠٦) . وهذا بخلاف ما اذا اقترن عقد صحيح بشرط جزائى ، فيكون الشرط الجزائى تابعا للالتزام الناشىء من العقد الصحيح ، فاذا فسخ العقد سقط بفسخه الشرط الجزائى ، وسيأتى بيان ذلك — اسماعيل غانم ، المرجع السابق فقرة ٤٩ — عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق فقرة ٦٣ .

(٢) وقد نصت المادة ١٢٢٧ من التقنين المدنى الفرنسى على أن « بطلان الالتزام الأصلى يستتبع بطلان الشرط الجزائى ، أما بطلان الشرط الجزائى فلا يستتبع بطلان الالتزام الاصلى » . وانظر هيك ٧ فقرة ٣٦٨ — لوران ١٧ فقرة ٤٢٨ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٩ ص ١٧٢ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٥٧ — ديموج ٦ فقرة ٤٦١ — فقرة ٤٦٢ .

وجاء فى الموجز للمؤلف فى هذا الصدد : « اذا كان الالتزام الاصلى باطلا ، كان الشرط الجزائى وهو التزام تبعى باطلا مثله . مثل ذلك ان يتعهد شخص بألا يطلق زوجته حتى لو خانت الامانة الزوجية ، والا دفع لها مبلغا معينا على سبيل التعويض . هذا الشرط الجزائى باطل ، لأنه تابع لتعهد باطل لمخالفته للنظام العام وللاداب (انظر استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٤) ولكن للزوجة شرعا ان تشترط على زوجها تطليق ضرتها ، كما لها أن تشترط عليه الا يتزوج عليها ، والا طلقت =

ويترتب على تبعية الشرط الجزائي أيضا أن الدائن لذا اختار ، عند اخلال المدين بالتزامه الأصلى ، فسخ العقد بدلا من المطالبة بتنفيذ الشرط الجزائي ، سقط الالتزام الأصلى بمجرد فسخ العقد ، وسقط معه الشرط الجزائي لأنه تابع له ، ويطالب الدائن فى هذه الحالة بالتعويضات التى يقدرها القاضى وفقا للقواعد العامة التى تقدم ذكرها ، ولا يطالب بالتعويض المقدر فى الشرط الجزائي (١) .

= منه واستحقت تعويضا ، وليس للمحكمة أن تمتنع عن التصديق على التعويض المقدر الا اذا ثبت أنه جائر وغير مقبول متناسب بالمرة مع الضرر الذى سببه الطلاق (شبين الكوم ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ ص ٥٤٠) . ولكن اذا كان الشرط الجزائي باطلا ، فلا يستتبع ذلك أن يكون الالتزام الأصلى باطلا ، لأن الشرط الجزائي التزام تابع ، فلا يتعلق به الالتزام الأصلى . مثل ذلك أن يتعهد ممثل بألا يظهر على مسرح معين ، والا التزم بأن يعيش فى مكان مقفل طول حياته . الشرط الجزائي فى هذا الفرض باطل لمخالفته للنظام العام اذ هو قيد خطير على الحرية الشخصية ، ولكن الالتزام الاصلى صحيح ، فيبقى الممثل ملتزما بألا يظهر على هذا المسرح المعين ، فان فعل كان مسئولا عن التعويض ، وتولى القاضى تقديره . ويمكن فى هذه المناسبة أن نميز بين الشرط الجزائي والتزام الشرطى . فلو حورنا المثل المتقدم وجعلناه التزاما شرطيا ، بأن يتعهد الممثل فى الاصل أن يعيش فى مكان مقفل طول حياته اذا ظهر على مسرح معين ، فان الالتزام الاصلى هنا يكون اقامة الممثل فى مكان مقفل طول حياته ، وهذا الالتزام معلق على شرط ظهوره على مسرح معين . ولما كان الالتزام الأصلى باطلا ، فالشرط باطل كذلك ، ويكون الممثل غير ملزم ، فى هذا الفرض المحور وهو فرض الالتزام الشرطى ، بالامتناع عن الظهور على مسرح معين ، وهو ملزم بهذا الامتناع فى الفرض الآخر وهو فرض الشرطى الجزائي . على أننا نرى أن تكييف الالتزام بأنه التزام شرطى أو بأنه شرط جزائي ينظر فيه الى نية المتعاقدين ، ولا شىء يمنع القاضى ، حتى بعد التحوير المتقدم ، من تكييف الالتزام بأنه شرط جزائي » (الموجز للمؤلف فقرة ٤٤٩ ص ٤٤٥ — ص ٤٤٦) . قارب أيضا دى باج ٣ فقرة ١٢٦ ، وقارن بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٦٢ .

(١) كذلك جميع الأوصاف التى تلحق الالتزام الأصلى ، من شرط وأجل وتضامن ونحو ذلك ، تلحق بالتبعية الشرط الجزائي ، فيصير هذا الشرط موصوفا بوصف الالتزام الاصلى (لوران ١٧ فقرة ٤٤٦ — هيك ٧ فقرة ٣٧٢ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٤٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٢ ص ٢٠٦ — دى باج ٣ فقرة ١٢١ مكرر ثالثا — قارن ديموج ٦ فقرة ٤٧١) .

٤٨٩ — تمييز الشرط الجزائي عما يشتبه به من أوضاع : ويتبين من تكييف الشرط الجزائي على النحو الذى قدمناه أن هذا الشرط قد يشتبه بأوضاع قانونية أخرى ، وبخاصة يشتبه بالعربون وبالتهديد المالى ، فيجب تمييزه عما يشتبه به .

٤٩٠ — تمييز الشرط الجزائي عن العربون : اذا كانت دلالة العربون هي جواز العدول عن العقد ، فانه يجوز لكل من المتعاقدين أن يرجع فى العقد بعد ابرامه لقاء دفع مبلغ العربون ، فيشتبه العربون بالشرط الجزائى ، وقد يحمل على أنه شرط جزائى لتقدير التعويض فى حالة العدول عن العقد (١) .

= وقد قضت محكمة النقض بان الشرط الجزائى التزام تابع للالتزام الاصلى ، اذ هو اتفاق على جزاء الاخلال بهذا الالتزام ، فاذا سقط الالتزام الاصلى بفسخ العقد ، سقط معه الشرط الجزائى فلا يعتد بالتعويض المقدر بمقتضاه ، فان استحق تعويض للدائن ، تولى القاضى تقديره وفقا للقواعد العامة التى تجعل عبء اثبات الضرر وتحققه ومقداره على عاتق الدائن : نقض مدنى فى ٢٥ من مارس سنة ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ رقم ٦٣ ص ٤٠١ .

كما قضت محكمة النقض بأن الشرط الجزائى التزام تابع للالتزام الاصلى ، اذ هو اتفاق على جزاء الاخلال بهذا الالتزام ، فاذا سقط الالتزام الاصلى بفسخ العقد ، سقط معه الشرط الجزائى فلا يعتد بالتعويض المقدر بمقتضاه ، فان استحق تعويض للدائن ، تولى القاضى تقديره وفقا للقواعد العامة التى تجعل عبء اثبات الضرر وتحققه ومقداره على عاتق الدائن : نقض مدنى ٢٥٤ مارس سنة ١٩٧١ مجموعة احكام النقض السنة ٢٢ رقم ٦٣ ص ٤٠١ .

وقضت ايضا محكمة النقض بأن الشرط الجزائى — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — التزام تابع للالتزام الاصلى اذ هو اتفاق على جزاء الاخلال بهذا الالتزام ، فاذا سقط الالتزام الاصلى بفسخ العقد سقط معه الشرط الجزائى ولا يعتد بالتعويض المقدر بمقتضاه ، فان استحق تعويض للدائن تولى القاضى تقديره وفقا للقواعد العامة التى تجعل عبء اثبات الضرر وتحققه ومقداره على عاتق الدائن : نقض مدنى فى ١٨ ابريل سنة ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ رقم ٢٠١ ص ١٠٢٠ .

(١) انظر ديموج ٦ فقرة ٤٥٠ — وقد قضت محكمة النقض بأن اشتراط جزاء عند عدم قيام المتعهد بما التزم به جائز فى كل مشارطة ، سواء أكانت بيعا أم معاوضة أم اجارة أم أى عقد آخر ، والعربون بهذا =

ولكن الفرق كبير بين العربون والشرط الجزائى ، ويظهر هـــذا الفرق من الوجوه الآتية :

١ ــ العربون هو المقابل لحق العدول عن العقد ، فمـــن أراد من المتعاقدين أن يعدل عن العقد كان له ذلك فى مقابل دفع العربون ، أمـــا الشرط الجزائى فتقدير لتعويض عن ضرر قد وقع . ويترتب عـلى ذلك أن الالتزام بدفع العربون قائم حتى لو لم يترتب على العدول عن العقد أى ضرر ، أما الشرط الجزائى فلا يستحق الا اذا وقع ضرر للدائن كما قدمنا (١) .

٢ ــ العربون لا يجوز تخفيضه ، سواء كان الضرر الذى أصــاب المتعاقد الآخر من جراء العدول عن العقد مناسبا للعربون أو غير مناسب، بل انه يجب دفع مبلغ العربون كما هو حتى لو لم يلحق هـــذا الطرف الآخر أى ضرر من العدول عن العقد كما قدمنا . أما الشرط الجــزائى فيجوز تخفيضه حتى يتناسب مع الضرر ، وسيأتى القول فى ذلك .

٣ ــ يمكن تكييف العربون بأنه البدل فى التزام بدلى . ففى البيع مع العربون مثلا ، يلتزم المشترى التزاما أصليا بدفع الثمن فى مقـــابل أخذ المبيع ، وله اذا شاء أن يعدل عن هذا المحل الأصلى ــ دفع الثمن فى مقابل أخذ المبيع ــ الى محل بدلى هو دفع مبلغ العربون فى غـــير

= المعنى ليس خاصا بعقود البيع وحدها (نقض مدنى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ ص ٣٠) .

(١) استئناف مختلط ١٦ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٢٢ ــ اول فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٤٢ .

ويختلف الشرط الجزائى عن العربون فى ان الاول اتفاق مسبق على تقدير التعويض ، فى حين أن دفع العربون وقت ابرام العقد ليس تقديرا مسبقا للتعويض ، وانما هو يعنى العدول اذا سكت المتعاقدان عن بيان دلالته . فاذا عدل من دفع العربون فقده ، واذا عدل من قبض العربون رد مثليه اسماعيل غانم ، السابق ص ١١٩ .

مقابل (١). أما الشرط الجزائى فتكييفه القانونى هو تكييف التعويض كما قدمنا : لا هو بالتزام تخييرى ولا هو بالتزام بدلى • ومن ثم لايكون المدين حرا — بخلاف المشترى فى المثل المتقدم — فى العدول عن تنفيذ التزامه الأصلى اذا كان هذا التنفيذ ممكنا الى تنفيذ الشرط الجزائى • بل يتعين عليه أن يقوم بتنفيذ التزامه الأصلى اذا طلب اليه الدائن ذلك (٢) •

وينبغى — كما تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى — « الرجوع إلى نية المتعاقدين لمعرفة ما اذا كانا أرادا بالعربون تحديد

---

(١) وذهب رأى فى الفقه فى فرنسا ومصر الى القول بان البيع بالعربون هو بيع معلق على شرط واقف والشرط الواقف هو عدم العدول عن البيع وذهب هؤلاء الفقهاء الى القول بأن هذا التكييف هو الذى ينفق وما تذهب اليه ارادة المتعاقدين • فى حين يذهب رأى آخر فى الفقه الى القول بأن البيع يكون معلقا على شرط فاسخ وهذا الشرط الفاسخ هو عدول أحد المتعاقدين عن العقد فى مدة معينة •
ويعيب تكييف البيع بالعربون بأنه عقد معلق على شرط واقف أو فاسخ ، أن تخلف الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ يجب أن يترتب عليه زوال العقد بأثر رجعى ، فكيف يمكن مع هذا القول بالزام من عدل برد ضعف العربون أن كان هو الذى قبضه ، والزام من قدم العربون بتركه ان كان هو الذى عدل .
لذلك فقد ذهب رأى آخر فى الفقه الى القول بأن العربون هو البدل فى التزام بدلى . فيكون المدين بائعا كان أو مشتريا ملتزما أصلا بالالتزام الوارد فى عقد البيع ودائنا فى نفس الوقت بالحق الذى يقابل هذا الالتزام . وتبرأ ذمته — مع ذلك — اذا أدى العربون .
ولقد قيل فى نقد هذا الرأى أن الالتزام البدلى يكون التزاما واحدا ذا محلين متعادلين أحدهما أصلى والثانى يجوز للمدين أن يفى به بدلا من المحل الاصلى ، وليس الامر كذلك فى البيع بالعربون لان الالتزامات التى ينشئها البيع البات فى ذمة البائع متعددة ولكل منها محله الخاص ويجوز للبائع أن راجع منها جميعا اذا استعمل ما لديه حق فى العدول .
راجع فى عرض هذه الاراء محمد على عمران .. عقد البيع المرجع السابق فقرة ٣٣ .

(٢) أنظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ — وأنظر فى الفروق ما بين العربون والشرط الجزائى الوسيط الجزء الاول فقرة ١٤٢ ص ٣٣٥ — ص ٣٤٠ وص ٣٣٨ هامش رقم ٢

قيمة جزافية لا يجوز الانتقاص منها ، أو تقدير تعويض اتفاقى يجوز أنتقاصه ، لاسيما اذا كان الجزاء المشروط فادحا (١) » .

٤٩١ — **تمييز الشرط الجزائى عن التهديد المالى** : ونستطيع مما قدمناه عن كل من التهديد المالى والشرط الجزائى أن نميز بينهما من الوجود الآتية :

١ — فالتهديد المالى يحكم به القاضى ، أما الشرط الجزائى فيتفق عليه الدائن والمدين .

٢ — والتهديد المالى تحكمى لا يقاس بمقياس الضرر ، وانما يقصد به التغلب على عناد المدين ، فينظر الى موارده المالية وقدرته على مقاومة الضغط . أما الشرط الجزائى فالأصل فيه أن يقاس بمقياس الضرر .

٣ — والتهديد المالى حكم وقتى تهديدى ، فهو لا يقبل التنفيذ الا اذا حول من غرامة تهديدية الى تعويض نهائى كما سبق القول . أما الشرط الجزائي فليس بوقتى ولا تهديدي ، وانما هو اتفاق نهائى قابل للتنفيذ على حاله . واذا جاز تخفيض الشرط الجزائى للمبالغة فى التقدير كما سنرى ، فالأصل فيه عدم التخفيض . أما التهديد المالى فالأصل فيه التخفيض ، لأنه يكون عادة أزيد بكثير من الضرر الحقيقى ، فيغلب تخفيضه عند تحويله الى تعويض نهائى .

٤ — وليس التهديد المالى الا وسيلة غير مباشرة للتنفيذ العينى،

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٥ — وقد قضت محكمة النقض بأن استظهار اية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فيه . فله أن يستخلص من نص عقد البيع ومن ظروف الدعوى وأحوالها أن المتعاقدين قصدا به أن يكون البيع بيعا تاما منجزا بشرط جزائى ، ولم يقصدا أن يكون بيعا بعربون أو بيعا معلقا على شرط فاسخ (نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣) .

أما الشرط الجزائى فعلى العكس من ذلك يتصل بالتعويض لا بالتنفيذ العينى ٠

٥ — والتهديد المالى يقدر عن كل وحدة من الزمن أو عن كل مرة يخل فيها المدين بالتزامه ٠ أما الشرط الجزائى فلا يقدر على هذا النحو الا اذا كان تعويضا عن تأخر المدين فى تنفيذ التزامه ، فاذا كان تعويضا عن عدم التنفيذ فانه يقدر عادة مبلغا مقطوعا (forfaitaire). ٠

على أن الشبهة تزيد اذا كان الشرط الجزائى يقدر التعويض عن التأخر فى التنفيذ ٠ فقد يدق التمييز بينه وبين التهديد المالى اذا ماحكم القاضى على مقاول تأخر فى تسليم العمل بغرامة تهديدية عن كل يوم يتأخر فيه ، أو اتفق المتعاقدان مقدما على أن يدفع المقاول مبلغا كبيرا — يقرب من الغرامة التهديدية — عن كل يوم يتأخر فيه المقاول عن تسليم العمل ٠ ففى الحالتين يبدو أن المبلغ المقدر انما وضع للتهديد أكثر مما وضع للتعويض عن ضرر ٠ وفى الحالتين يخفض القاضى هذا المبلغ المقدر فى الغرامة التهديدية عندما يحولها الى تعويض نهائى ، وفى الشرط الجزائى عندما يرى أن تقدير الطرفين كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة كما سنرى ٠ ولكن الذى يميز بين الوضعين فى مثل هذه الأحوال أن الغرامة التهديدية حكم يصدر من القاضى ، أما الشرط الجزائى فاتفاق يتم مقدما بين الطرفين (١) ٠

---

(١) وهناك أوضاع أخرى تلتبس بالشرط الجزائى :
من ذلك الشرط الذى يضع حدا اقصى لمقدار المسئولية (clause de maximum) فقد يتفق الطرفان على حد اقصى لمقدار مسئولية المدين لا تصح مجاوزته ، فتشترط مصلحة السكك الحديدية أو مصلحة البريد مثلا الا تجاوز مسئوليتها مبلغا معينا فى ضياع « طرد » أو رسالة ، فاذا زاد الضرر على هذا المبلغ المعين لم تدفع المصلحة الا هذا المبلغ ، وان قل عنه نزل التعويض الى مقدار الضرر الفعلى . أما فى الشرط الجزائى ، فلا ينزل التعويض عن المبلغ المقدر ، حتى لو كان الضرر اقل ، الا اذا تبين ان التقدير كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة (انظر فى هذه المسالة ديموج ٦ فقرة ٤٤٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧١ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٥٩٠) ٠ =

الفــرع الثــانى

ما يترتب على الشرط الجزائى من الأثر

٤٩٢ — **النصوص القانونية** : تنص المادة ٢٢٤ من التقنين المـدنى على ما يأتى :

« ١ — لا يكون التعويض الاتفاقى مستحقا اذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر » .

« ٢ — ويجوز للقاضى أن يخفض هذا التعويض اذا أثبت المدين

= ومن ذلك ما يتفق عليه المتعاقدان من شروط لتحديد الثمن او الاجرة او المقابل بوجه عام . فاذا اتفق المقاول مع رب العمل على ميعاد معين اذا سلم العمل قبله زيد فى اجره بنسبة معينة ، او سلم العمل بعده نقص اجره بنسبة معينة ، كان هذا الاتفاق تحديدا للاجر لا شرطا جزائيـــــا (ديموج ٦ فقرة ٤٤٦) . واذا اشترط فى عقد ايجار الاطيان انه « فى حالة زراعة القطن مكررا يزاد الايجار المستحق بما يوازى الايجار الاصلى عن القدر الذى يزرع قطنا مكررا » ، ورأت المحكمة أن هذا الشرط ليس شرطا جزائيا يستلزم القضاء به التحقق من أن المؤجر قد لحقه ضرر بســـبب مخالفته عقد الايجار ، وانما هو اتفاق على مضاعفة الأجر فى حالة معينة ، وهى تكرار زراعة القطن فى الجزء الواحـــد مـــن الارض المؤجرة سنتين متواليتين ، ثم أعطته على هذا لاعتبار حكمه ، وهو القضاء بالاجرة المضاعفة طبقا لعقد الايجار ، فلا تقبل المناقشة فى ذلك لدى محكمة النقض مـــادام التفسير الذى أخذت به المحكمة متفقا تمام الاتفاق مع مدلول عبارة العقد (نقض مدنى ١٨ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٨ ص ٥٨) . واذا رضى الدائن أن ينزل عن جزء من الدين اذا واظب المدين على دفـــع الأقساط فى مواعيدها المعينة ، فان اتفاقه مع المدين على ذلك لا يتضمن إتفاقا على شرط جزائى (استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٧٩) .

وقد يلتبس الشرط الجزائى بالصلح وبالتجـــديد ، وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وليس يبقى بعد ذلــك سوى أمر التفريق بين الشرط الجزائى وبين ما قد يشتبه به من أوضاع . فهو يقوم على تحديد مقدار التعويض الواجب اداؤه مقدما قبل استحقاقه ، سواء أدرج فى صلب العقد أو ذكر فى اتفاق لاحق . وهو بهذا يفترق عن الصلح أو التجديد ، اذ ينعقد كلاهما بعد أن يصبح التعويض مستحقا ، اما لحسم نزاع بشأن تقدير هذا التعويض ، واما للاستعاضة عنه بدين جديد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٥) .

أن التقدير كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام الأصلى قد نفذ فى جزء منه » .

« ٣ — ويقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين » .

وتنص المادة ٢٢٥ على ما يأتى :

« اذا جاوز الضرر قيمة التعويض الأتفاقى ، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من القيمة الا اذا ثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما » (١) .

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٢٣/١٨١ (٢) .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى ، فى التقنين المدنى

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٢٤ : ورد هذا النص فى المادة ٣٠٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد ، فيما عدا عبارة « أن التقدير كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة » الواردة فى الفقرة الثانية ، فقد كانت فى المشروع التمهيدى : « أن التقدير كان فادحا » . واقرت لجنة المراجعة نص المشروع التمهيدى وأصبح رقمه المادة ٢٣١ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « أن التقدير كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة » بعبارة « أن التقدير كان فادحا » ، لأن كلمة « فادحا » تفيد أن التقدير غير ممكن تحمله مع أن المقصود هو أن التقدير غير متناسب ، فتكون العبارة الاولى اقرب الى الافصاح عن المقصود ، وأصبح رقم المادة ٢٢٤ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧١ — ص ٥٧٢) .

م ٢٢٥ : ورد هذا النص فى المادة ٣٠٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد . واقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٣٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٢٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٣ وص ٥٧٥) .

(٢) وقد كانت المادة ١٢٣/١٨١ من التقنين المدنى السابق تجرى على الوجه الآتى : « اذا كان مقدار التضمين فى حالة عدم الوفاء مصرحا به فى العقد أو فى القانون ، فلا يجوز الحكم بأقل منه ولا بأكثر » . (هذا والتضمين المصرح به فى القانون — كما ورد فى النص — هو فوائد التأخر عن الوفاء بمبلغ من النقود ، وهو لا يدخل فى الشرط الجزائى) .

السورى المادتين ٢٢٥ — ٢٢٦ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ١٧٠ الفقرتين الثانية والثالثة ، وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٢٢٧ — ٢٢٨ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٢٦٦ (فقرة ٢ و ٣) و ٢٦٧ ، وفى التقنين المدنى الكويتى المادتين ٣٠٣ — ٣٠٤ وفى التقنين المدنى الاردنى الفقرة الثانية من المادة ٣٦٤ (١) .

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الاخرى :** التقنين المدنى السورى م ٢٢٥ — ٢٢٦ (مطابقتان لنص المادتين ٢٢٤ — ٢٢٥ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ١٧٠ (فقرة ٢و٣) (مطابقة لنص المادتين ٢٢٤ — ٢٢٥ من التقنين المدنى المصرى فيما عدا كلمة « فادحا » بدلا من عبارة « مبالغا فيه الى درجة كبيرة ») .

التقنين المدنى الليبى م ٢٢٧ — ٢٢٨ (مطابقتان لنص المادتين ٢٢٤ — ٢٢٥ من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٦٦ (فقرة ٢و٣) : ولقد وضع البند الجزائى لتعويض الدائن من الاضرار التى تلحق به من عدم تنفيذ الموجب . فلا يحق له أن يطالب بالأصل والغرامة معا ، الا اذا كان البند الجزائى قد وضع لمجرد التأخير أو على سبيل اكراه المديون على الايفاء . ويحق للقاضى أن يخفض غرامة الاكراه اذا وجدها فاحشة . وللقاضى أن ينقص البدل المعين فى البند الجزائى اذا كان قد نفذ قسم من الموجب الأصلى . (وهذا الحكم يتفق مع أحكام التقنين المدنى المصرى) .

م ٢٦٧ : ان البند الجزائى صحيح معمول به وان كان موازيا فى الواقع لبند ناف للتبعية . وانما تستثنى حالة الخداع الذى يرتكبه المديون . (وهذا الحكم معمول به دون نص فى التقنين المدنى المصرى) .

ويلاحظ أن التقنين اللبنانى لم يعرض لمبدأ اشتراط الضرر لاستحقاق الشرط الجزائى ، مع انه نص على تخفيض الشرط الجزائى (فى صورة غرامة الاكراه) اذا وجده القاضى فاحشا . ويقول الدكتور صبحى المحمصانى فى هذا الصدد ما يأتى : « اما بخصوص الضرر ، فان قانون الموجبات اللبنانى لم يذكر شيئا عنه ، ولكن اجتهاد القضاء (قرار محكمة الاستئناف الخاصة بتوحيد الاجتهاد الصادر فى ١٢ تشرين الاول سنة ١٩٤٥ عدد ١٦ وقرار الغرفة الاولى من محكمة استئناف بيروت الصادر فى ١٩ أيار سنة ١٩٥٣ عدد ٦٧٢ النشرة القضائية اللبنانية ١٩٥٣ ص ٥٣٧) سار وفاقا للاجتهاد الفرنسى على اعفاء الدائن من اثبات حقيقة الضرر ومقداره ، على اعتبار أن الغاية من تعيين التعويض مقدما هى تحديد التعويض بوجه مقطوع قاطع للنزاع ، ومانع مبدئيا من سماع الدعوى بالزيادة أو النقصان » . هذا ويصعب التوفيق ، فى تقنين كالتقنين اللبنانى يبيح للقاضى تخفيض الشرط الجزائى (ولو فى صورة غرامة الاكراه) اذا وجده فاحشا ، بين هذا المبدأ ومبدأ بعدم اشتراط الضرر لاستحقاق الشرط =

ونرى من نصوص التقنين المدنى المصرى سالفة الذكر أنـــه متى وجد الشرط الجزائى على النحو الذى بسطناه ، وأصبح مستحقا ، لـــم يبق الا القضاء به على المدين ، فانه تعويض مقدر ارتضـــاه مقدما ، فالحكم عليه به حكم بما ارتضاه على نفسه • ولكن الشرط الجـــزائى لا يستحق اذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر (١) ، وقد مر القول فى ذلك • يبقى بعد هذا أن الشرط الجزائى ــ كما تقول المادتين ٢٢٤ ــ ٢٢٥ من التقنين المدنى ــ قابل للتخفيض وقابل للزيادة • فنبحث متى يجوز تخفيضه ، ومتى تجوز زيادته •

المبحث الاول

متى يجوز تخفيض الشرط الجزائى

٤٩٣ ــ حالتان : يتبين من نص الفقرة الثانية للمادة ٢٢٤ أنـــه

= الجزائى ، فانه اذا جاز تخفيض الشرط الجزائى حتى يجعل متناسبا مع الضرر ، فاولى الا يستحق اصلا اذا كان الضرر غير موجود . والقضـــاء الفرنسى لا يقع فى هذا التعارض ، فهو لا يشترط اثبات الضرر لاستحقاق الشرط الجزائى ، ولكنه فى الوقت ذاته لا يجيز تخفيض هذا الشرط ليكون متناسبا مع الضرر .

التقنين المدنى الكويتى م ٣٠٣ ــ ٣٠٤ (مطابقة لنص المادتين ٢٢٤ ــ ٢٢٥ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الأردنى م ٢/٣٦٤ (مطابقة لنص المادة ٢٢٤ من التقنين المدنى المصرى مع اختلاف طفيف فى الصيغة) ولا مقابل لنص المادة ٢٢٥ وان كانت القواعد العامة لا تمنع تطبيقها .

(١) وقد قضت محكمة النقض بان مقتضى التعويض الاتفاقى فى العقد ، ان اخلال المدينه بالتزامها يجعل الضرر واقعا فى تقدير المتعاقدين ، فلا تكلف الدائنة باثباته ويتعين على المدينة اذا ادعت ان الدائنة لم يلحقها اى ضرر او ان التقدير مبالغ فيه أن تثبت ادعاؤها اعمالا لاحكام الشرط الجزائى . (نقض مدنى فى ١٤ من نوفمبر سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ رقم ٢٥٣ ص ١٦٧٦) .

كما قضت محكمة النقض بانه لا محل للحكم بما تضمنه الشرط الجزائى مادام الحكم قد اثبت ان كلا من المتعاقدين قد قصر فى التزامه . (نقض مدنى فى ١٩ من ديسمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٨ رقم ١٠٥ ص ٩٢١) .

يجوز للقاضى أن يخفض الشرط الجزائى فى حالتين : (أولاهما) اذا نفذ المدين الالتزام الأصلى فى جزء منه .. (والثانية) اذا أثبت المدين أن تقدير التعويض فى الشرط الجزائى كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة .

٤٩٤ — تنفيذ الالتزام الأصلى فى جزء منه : يوضع الشرط الجزائى عادة لحالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أصلا ، فاذا كان المدين قد قام بتنفيذ جزء من التزامه ، فان القاضى يكون قد احترم ارادة المتعـاقدين اذا خفض الشرط الجزائى بنسبة ما نفذ المدين من التزامه (١) . ويعتبر الأساس هو المبلغ المقدر فى الشرط الجزائى ، فيخفض هذا المبلـغ الى النسبة التى تتفق مع الجزء الباقى دون تنفيذ من الالتزام الأصلى (٢). ويقع عبء اثبات التنفيذ الجزئى على المدين .

(١) استئناف أهلى ٤ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٨ ص ٣٣ — استئناف مختلط ١٧ ابريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٢ — ٢٦ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٦٤ — ٢٤ يونية سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٧ — أول مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٥٠ — والتون ٢ ص ٤٠٦ — ص ٤٠٨ .

ويتفق فى هذا الحكم كل من التقنين المدنى الجديد بنص صريح ، والتقنين المدنى الفرنسى اذ نصت المادة ١٢٣١ من هذا التقنين على ان « الشرط الجزائى يجوز للقاضى تعديله اذا نفذ الالتزام الاصلى فى جزء منه » . وانظر ايضا المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجمـوعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ . ثم انظر : نقض مدنى ١٧ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٩١ — ص ٦٨٦

ولا يقتصر حكم المادة ٢/٢٢٤ مدنى عـلى حالة ما اذا كان الشرط الجزائى مشروطا عن عدم التنفيذ ، بل هو ينطبق ايضـا فى حالة الشرط الجزائى عن التأخير ، فيجوز تخفيض التعويض بنسبة الفائدة التى عادت على الدائن من الجزء الذى تم تنفيذه من الالتزام أو بنسبة ما نفذمنه بغير تأخير . راجع الاستاذ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ١٢٤ .

(٢) ويطبق القضاء المصرى هذا الحكم على الشرط الجزائى القاضى، عند تأخر المدين فى دفع الاقساط المستحقة ، بفسخ العقد وباعتبار ما سبق دفعه من الاقساط حقا للدائن ، فيعتبر أن هناك تنفيذا جزئيا للعقد يستوجب تخفيض الشرط الجزائى (استئناف مختلط ٢٦ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٦٤ — ١٩ مارس سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٠٧ — أول مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٥٠) . ويؤخذ على هذا التطبيق أن الشرط الجزائى انما =

وقد يتفق الطرفان على استحقاق الشرط الجزائى اذا لم ينفذ المدين الالتزام الأصلى تنفيذا سليما ، سواء كان ذلك بأن لم ينفذه أصلا أو نفذه تنفيذا معيبا ، وفى هذه الحالة يستحق الشرط الجزائى كله اذا كان هناك عيب فى التنفيذ ، نزولا على اتفاق الطرفين (١) . ولكن اذا كان هذا العيب غير جسيم بحيث يكون الشرط الجزائى ، كتعويض عنه ، مبالغا فيه الى درجة كبيرة ، جاز للقاضى تخفيض الشرط الجزائى الى الحد المناسب كما سنرى (٢) .

٤٩٥ — تقدير التعويض فى الشرط الجزائى مبالغ فيه الى درجة كبيرة : وهنا نفرض أن المدين لم يقم بتنفيذ التزامه أصلا ، أو تأخر فى التنفيذ مدة استحق من أجلها التعويض المقدر فى الشرط الجزائى ، فلا يوجد اذن سبب خارجى لتخفيض الشرط الجزائى كما كان الأمر فى حالة التنفيذ الجزئى التى سبق ذكرها ، فهل يجوز مع ذلك الخروج على الاتفاق وتخفيض الشرط الجزائى ؟

= اشترط هنا لعدم التنفيذ الجزئى لا لعدم التنفيذ الكلى ، وان التخفيض انما يجوز فى هذه الحالة اذا كان الشرط الجزائى يصبح مبالغا فيه الى درجة كبيرة بالنسبة الى ما لم يتم تنفيذه من الالتزام .

وقد قضت محكمة النقض بانه اذا كان الثابت من وقائع النزاع ان البائع قد نفذ بعض الاعمال التى التزم بها وتخلف عن توريد باقى الاقطان المتفق عليها للمشترى فان تقصيره فى هذا الشأن يكون تقصيرا جزئيا يبيح للقاضى أن يخفض التعويض المتفق عليه الى الحد الذى يتناسب مع مقدار الضرر الحقيقى الذى لحق الدائن مما يدخل تقديره فى سلطان محكمة الموضوع . (نقض مدنى فى ٢٧ من ديسمبر سنة ١٩٦٢ — مجموعة احكام النقض السنة ١٣ رقم ١٩٥ ص ١٢٣٨) .

(١) قارب استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٩ — ولكن اذا وضع الشرط الجزائى لتاخر المدين فى التنفيذ ، فانه يصبح غير ذى موضوع اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه أصلا (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٦٢) .

(٢) أما فى القانون الفرنسى فلا يجوز التخفيض حتى فى هذه الحالة (قارب بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٥١ — ديموج ٦ فقرة ٤٨٩ ص ٥٢٣ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٠) .

رأينا أن التقنين المدنى الفرنسى (م ١١٥٢) يقضى بأنه « اذا ذكر فى الاتفاق أن الطرف الذى يقصر فى تنفيذه يدفع مبلغا معينا من النقود على سبيل التعويض ، فلا يجوز أن يعطى لتعويض الطرف الآخر مبلغ أكثر أو أقل » • وقد طبق القضاء الفرنسى هذا النص تطبيقا دقيقا ، فهو لا يجيز تخفيض الشرط الجزائى أيا كان تقدير التعويض ولو ثبت أنه مبالغ فيه الى درجة كبيرة • ويبرر القضاء الفرنسى هذا الموقف بأن الفائدة المتوخاة من الشرط الجزائى انما هى قطع السبيل على المدين فى المحاجة والجدل فى مقدار التعويض المستحق ، فقد اتفق مقدما مع الدائن على تقديره ، فلا محل لاعادة النظر فيما تم الاتفاق عليه ، وقد قدمنا أن القضاء الفرنسى يذهب الى أبعد من ذلك ، فلا يشترط فى استحقاق الشرط الجزائى اثبات ضرر يلحق الدائن ، فوجود الشرط الجزائى يفترض أن هذا الضرر قد وقع فعلا ، ولا يجوز اثبات عكس ذلك (١) • وغنى عن البيان أن الالتزام الأصلى اذا كان مبلغا من النقود ، وكان الشرط الجزائى خاصا بالتعويض عن تأخر المدين فى الوفاء بهذا الالتزام ، واتفق المتعاقدان على فوائد أكثر من الحد الأقصى الذى يسمح به القانون ، فانه يجب فى هذه الحالة تخفيض الشرط الجزائى وانزال الفوائد الى الحد المسموح به (٢) •

---

(١) وقد كان القانون الفرنسى القديم يجيز تخفيض الشرط الجزائى (بوتييه فى الالتزامات فقرة ٣٤٥) ، ولكن التقنين المدنى الفرنسى عدل ، بعد تردد أثناء مناقشة مشروع هذا التقنين فى مجلس الدولة ، عن تقاليد القانون الفرنسى القديم ، ولم يجز التخفيض حتى يجعل الشرط الجزائى يحقق الغرض المتوخى منه (بودرى وبارد ١ فقرة ٤٩٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٦٩ ص ٢٠٢ — ص ٢٠٣) .

واذا كان هذا الحكم هو ما نصت عليه المادة ١١٥٢ من التقنين المدنى الفرنسى ، الا أن القانون الفرنسى أجاز فى المادة ١٢٣١ مدنى للقاضى ان يخفض من مقدار الشرط الجزائى اذا كان الالتزام قد نفذ فى جزء منه ؛ راجع مازو ، دروس فى القانون المدنى ، الجزء الثانى فقرة ٦٤١ .

(٢) وهذا الحكم واجب التطبيق فى مصر وفى فرنسا على حد سواء (استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٨٤ — اوبرى ورو ٤ =

وفى عهد التقنين المدنى المصرى السابق كان القضاء المختلط يذهب هو أيضا ، كالقضاء الفرنسى ، الى عدم جواز تخفيض الشرط الجزائى ولو بدا أن التقدير المتفق عليه فى هذا الشرط مبالغ فيه الى درجة كبيرة (١) وقد كان نص التقنين السابق صريحا فى هذا المعنى كنص التقنين الفرنسى ، فقد رأينا أن المادة ١٢٣/١٨١ كانت تقضى بأنه « اذا كان مقدار التضمين فى حالة عدم الوفاء مصرحا به فى العقد أو فى القانون ، فلا يجوز الحكم بأقل منه ولا بأكثر » . وقد استقر القضاء المختلط على هذا الرأى منذ قضت به محكمة الاستئناف المختلطة فى دوائرها المجتمعة (٢) . أما القضاء الوطنى فانه ، بعد تردد وتضارب فى الأحكام ، استقر على جواز تخفيض الشرط الجزائى اذا اتضح أن تقدير التعويض فى هذا الشرط كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة ، وذلك بالرغم من صراحة نص المادة ١٢٣ من التقنين المدنى الوطنى (٣) .

= فقرة ٣٠٩ ص ١٧٤ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٥٢ — ديموج ٦ فقرة ٤٥٦ ص ٤٩٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٨٢ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٥٩٣ — جوسران ٢ فقرة ٦٤٢) .

(١) استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٠٨ — ٥ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٠٦ — ١٩ مارس سنة ١٩١٣ جازيت ٣ رقم ١٣٥ ص ٢٨٧ — ومع ذلك انظر العكس : استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٧٥ .

(٢) استئناف مختلط (الدوائر المجتمعة) ٩ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٥٥ — استئناف مختلط ٢٩ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٦٧ — ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٧٥ — ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٤٢ ص ٥٣ — ٢٥ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨١ — ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٣م ٥٦ ص ٢٣ — ٣١ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٧٩ .

(٣) وقد كانت بعض أحكام القضاء الوطنى تقضى بأن المادة ١٢٣ صريحة فى وجوب القضاء بالشرط الجزائى على وجه الاطلاق ، فليس للمحاكم ان تحكم بأقل منه أو أكثر (استئناف أهلى ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٥ ص ٦١ — ٨ ديسمبر سنة ١٩١٣ الحقوق ٢٩ ص ٢٣٨ — ٢٩ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٩٥ ص ١٤٩ — ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٧ ص ١٣) — وتقضى أحكام أخرى بانه اذا تبين للمحكمة أن الشرط الجزائى المنصوص عنه فى العقد مبالغ فيه ، فلها أن تعتبره شرطا تهديديا لا يلتفت اليه ، وان ترجع فى تقدير الضرر ، ان وجد ، =

وقد جاء التقنين المدنى الجديد مقننا للقضاء الوطنى فى هذه المسألة فعدل من نص المادة ١٨١/١٢٣ من التقنين المدنى السابق بأن نص فى

= الى القواعد العامة (استئناف أهلى ٤ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٨ ص ٣٣ — ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٥٣ ص ٩١) . ثم حسمت محكمة الاستئناف فى دوائرها المجتمعة هذا الخلاف ، فقضت بأنه اذا ثبت لدى القاضى أن مقدار الشرط الجزائى جائر وغير مقبول متناسب مع الضرر الذى حصل فعلا للمتعهد اليه ، وبعبارة أخرى اذا تبين له أن الشرط الجزائى انما هو فى الواقع ونفس الأمر شرط تهديدى ليس الا — وهذا أمر واقعى محض وخاص بكل قضية على حدتها — فان له فى مثل هذه الحالة فقط أن يمتنع عن التصديق على هذا التعويض الجائر ، وأن يقدره هو حسب ما يظهر له من ظروف وقائع الدعوى (٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٧ ص ١٥٣ — المحاماة ٧ ص ٣٣١ — انظر أيضا : استئناف مصر ٨ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ١٣ ص ١١١٨) وبالرغم من حكم الدوائر المجتمعة صدر حكمان بعد ذلك من محكمة استئناف مصر فى يوم واحد عدلت فيهما عن هذا المبدأ ، فقضت بأن القانون أباح الشرط الجزائى لفائدتين : الاولى اقفال باب المنازعة فى أهمية الضرر ، والثانية اعفاء الدائن من اثبات تحقق الضرر . فاتفاق الطرفين على التعويض ومقداره عند وقوع مخالفة يتضمن اقرارا بالضرر ، ويجب الأخذ بما تدون فى الاتفاق لانه ارتباط قانونى له قوته ، وهو شريعة المتعاقدين يقوم مقام القانون فى بيان حقوق كل منهما وواجباته (٢٨ ابريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٣٠٥) ، وبأن الاتفاق على تحديد مقدار التعويض فى العقد فى حالة عدم تنفيذ المتعهد معناه التسليم فعلا من المتعاقدين بأنهما يعتقدان أن عدم التنفيذ يترتب عليه ضرر حتما ، وأن هذا الضرر يقدر بالمبلغ المتفق عليه لانه لا يمكن الانتقال للتكلم عن مقدار التعويض الا بعد الفراغ من مسألة استحقاقه واعتبارها مقطوعا بها ، فلا يقبل بعد ذلك من المدين مطالبة الدائن باثبات حصول الضرر ولا قيامه هو باثبات عدم حصوله ، كما لا تقبل منه المناقشة فى مقدار التعويض (٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٨٦٠ — وانظر أيضا الموجز للمؤلف ص ٤٤٨ هامش رقم ٣) . ولكن محكمة النقض أيدت قضاء الدوائر المجتمعة فى حكمها صدر بعد نفاذ التقنين الجديد، ولكن عن وقائع حدثت قبله ، اذ قضت بأنه متى كان يبين من الحكم أن المحكمة لم تأخذ بشرط التعويض الجزائى المتفق عليه بالعقد ، وقدرت التعويض الذى طلبت المطعون عليها عدم الحكم به على الطاعنين بمبلغ معين بناء على الاعتبارات التى استمدتها من واقع الاوراق المقدمة فى الدعوى ورأت معها أنه تعويض مناسب للضرر الذى لحق المطعون عليها ، فان هذا الذى أخذت به المحكمة لا عيب فيه لدخوله فى سلطتها الموضوعية واستقلالها بتقديره (نقض مدنى ٢٧ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٦ ص ١٧٦ . وانظر أيضا : نقض مدنى ١٧ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٩١ ص ٦٨٦) .

الفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ ، كما رأينا ، على أنه « يجوز للقاضى أن يخفض هذا التعويض اذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة » (١) والتقنين المدنى الجديد ، فى هذا الحكم الذى أورده من جواز تخفيض الشرط الجزائى اذا كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة ، لا يقنن القضاء الوطنى فحسب ، بل هو أيضا يجارى نزعات التقنينات الحديثة، فان التقنين المدنى الألمانى (م ٣٤٠ و ٣٤٣) وتقنين الالتزامات السويسرى (م ١٦١ و ١٦٣) والتقنين المدنى الايطالى الحديث (م ١٣٨٤) تجيز كلها تعديل الشرط الجزائى نقصا أو زيادة • وقد بررت محكمة الاستئناف الوطنية فى دوائرها المجتمعة هذا الحكم بأن الشرط الجزائى ، اذا كان مبالغا فيه ، يكون الطرفان على علم بهذه المبالغة ، بل يكونان قد قصدا اليها وجعلا الشرط الجزائى شرطا تهديديا لحمل المدين على عدم الاخلال بالتزامه • ومؤدى ذلك أن الشرط الجزائى المبالغ فيه ينطوى فى الواقع من الأمر على عقوبة فرضها الدائن على المدين ، فيكون باطلاً ، ويعتمد القاضى عند ذلك الى تقدير التعويض وفقا للقواعد العامة فى تقدير التعويض بواسطة القاضى(٢)• ويمكن أن يضاف الى هذا التبرير أن الشرط الجزائى لا يعرض الا لتقدير التعويض

= وقد قضت محكمة النقض بان الشرط الجزائى كان يخضع دائما — وفقا للقانون المدنى الملغى — لمطلق تقدير القاضى فلا يحكم الا بما يراه مناسبا من التعويض للضرر الذى لحق الدائن • (نقض مدنى فى ٢١ من مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة احكام النقض السنة ١٥ رقم ١١٢ ص ٧٠٦) •

ونرى مما تقدم أن هناك تدرجا فى موقف كل من القضاء الفرنسى والقضاء المختلط والقضاء الوطنى : فالقضاء الفرنسى لايجيز تخفيض الشرط الجزائى بل ولا يشترط وقوع الضرر ، والقضاء المختلط لا يجيز تخفيض الشرط الجزائى ولكن يشترط وقوع الضرر ، والقضاء الوطنى يشترط وقوع الضرر ويجيز تخفيض الشرط الجزائى فى وقت واحد (الموجز للمؤلف فقرة ٤٥٠ ص ٤٤٩) •

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ •

(٢) نقض مدنى ١٧ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٩١ ص ٦٨٦ ، وقد سبقت الاشارة الى هذا الحكم •

المستحق ، فهو ليس سببا فى استحقاق التعويض ، بل يقتصر على مجرد تقديره مقدما وفقا لما قام أمـام الطرفين وقت الاتفاق من اعتبـارات وظروف . فاذا اتضح بعد ذلك أن الضرر الذى وقع لم يكن بالمقدار الذى ظنه الطرفان قبل وقوعه ، وأن تقديرهما للتعويض عن هذا الضرر كـان مبالغا فيه الى درجة كبيرة ، فان الامر لا يخلو عندئذ من غلط فى التقدير وقع فيه المتعاقدان أو ضغط وقع على المدين فقبل شرطا يعلم مقدما أن مجحف به (١) ، وفى الحالتين يكون الواجب تخفيض الشرط الجزائى الى الحد الذى يتناسب مع الضرر .

على أنه يلاحظ أن الشرط الجزائى ، بالرغم من عدم الحكم به عند انعدام وقوع الضرر أو تخفيضه اذا كان غير متناسب مع الضرر الذى وقع ، لاتزال فائدته محققة للدائن من وجوه ثلاثة :

(أولا) أن وجود الشرط الجزائى يجعل ، كما قدمنا ، وقوع الضرر مفروضا لايكلف الدائن باثباته . فاذا أدعى المـدين أن الدائن لم يلحقه ضرر ، فعليه هو لا على الدائن عبء الاثبات (٢) .

(ثانيا) أن وجود الشرط الجزائى يجعل من المفروض أن تقدير التعويض الوارد فى هذا الشرط هو تقدير صحيح للضرر الذى وقع .

---

(١) ويكون الشرط الجزائى فى هذه الحالة شرطا تهديديا قبله المدين ، اما تحت تأثير الضغط واما لاعتقاده أنه سيقوم حتما بتنفيـذ التزامه فلن يتعرض لتوقيع الشرط الجزائى عليه ، فتبوله للشرط الجزائى يكون اذن عن اكراه أو عن اندفاع وتسرع .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بان وجود الشرط الجزائي يفترض معه ان تقدير التعويض فيه متناسب مع الضرر الذى لحق الدائن وعلى القاضى ان يعمل هذا الشرط الا اذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه اى ضرر فعندئذ لايكون التعويض الاتفاقى مستحقا اصلا ، أو اذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة وفى هذه الحالة يجوز للقاضى أن يخفض التعويض المتفق عليه . (نقض مدنى فى ٥ من ديسمبر سنة ١٩٦٨ — مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ رقم ٢٢٧ ص ١٤٩٠) .

فاذا أدعى المدين أنه تقدير مبالغ فيه الى درجة كبيرة ، فعليه هو لا على الدائن عبء الاثبات (١) .

(ثالثا) ولا يكفى أن يثبت المدين أن التقدير الوارد فى الشرط الجزائى يزيد علــى مقدار الضرر الذى وقع فعلا . فما لم يثبــت أن التقدير مبالغ فيه الى درجة كبيرة ، فان القاضى لايخفض الشرط الجزائى حتى لو زاد التقدير الوارد فيه علــى الضرر زيادة غير كبيرة . وحتى اذا أثبت المدين أن التقدير مبالغ فيه الى درجة كبيرة وخفض القاضى الشرط الجزائى ، فان التخفيض يكون الى حد يتناسب مع الضرر ولا يتحتم أن يكون مساويا للضرر (٢) : ومن ثم اذا وجد القــاضى أمــامه

---

(١) ويترك الامر لتقدير قاضى الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض . وقد قضت محكمة النقض بأن اثبات حصول الضرر أو نفيـــه من الأمور الواقعية التى تقدرها محكمة الموضوع ، فاذا رات محكمة الاستئناف أن ما وقع من المتعهد بتوريد الاغذية لاحد الملاجىء « هو أمر خطـــير فيه تعريض لصحة اللاجئات للخطر ، فضلا عما فيه من افساد للمســتخدمين الموكول اليهم حمايتهن والمحافظة على سلامتهن » ، ثم رأت أن التعــويض المشروط فى عقد التوريد عن هذا الفعل متناسب وغير جائر ، فحكمت بالزام المتعهد به ، فلا معقب على حكمها لمحكمة النقض (نقض مدنى ٧ مـــارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤١ ص ١٢٣) .

وقد قضت محكمة النقض بأن تعين العناصر المكونة قانونا للضرر والتى يجب أن تدخل فى حساب التعويض من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى فى ٣١ من مارس سنة ١٩٧٠ — مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ رقم ٨٦ ص ٥٣٨) .

كما قضت محكمة النقض بانه وان كان تقدير التعويض عن الضرر من المسائل الواقعية التى يستقل بها قاضى الموضوع ، الا أن تعـــين عناصر الضرر التى يجب ان تدخل فى حساب التعويض هو من المسائل القانونية التى يخضع فيها لرقابة محكمة النقض . (نقض مدنى فى ٤ من فبراير سنة ١٩٧١ — مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ رقم ٣٠ ص ١٧٢) .

(٢) وقد رأينا فى تاريخ نص المادة ٢٢٤ أن المشروع التمهيدى لهذه المادة كان يتضمن العبارة الآتية : « اذا اثبت المدين أن التقدير كان فادحا » فعدلت هذه العبارة فى لجنة مجلس الشيوخ الى العبارة التى استقرت فى التقنين الجديد : « اذا اثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة » (انظر آنفا فقرة ٤٩٢ فى الهامش) . ولايستفاد من هذا التعديل انه يكفى أن يكون من الضرورى أن يصل الى درجة الفداحة والارهاق . راجع أيضا الأستاذ اسماعيل غانم المرجع السابق فقرة ١٢٥ .

شرطا جزائيا سخيا فى التقدير ، كان هـذا من شأنه أن يجعل سلطة القاضى التقديرية فى حساب التعويض تسخو لمصلحة الدائن ، فيبقى غالبا فى التعويض بعد تخفيضه سعة ينتفع هذا بها •

٤٩٦ — هـذه الاحكام تعتبر من النظـام العام : الأحكام التى قدمناها — وقوع ضرر لاستحقاق الشرط الجزائى وجواز تخفيض هذا الشرط للتنفيذ الجزئى أو للمبالغة فى التقدير — تعتبر من النظام العام ، فلايجوز الاتفاق على ما يخالفها • وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢٢٤ من التقنين المدنى صراحة على ذلك اذ تقول : « ويقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين » •

ومن ثم لايجوز للطرفين أن يضيفا الى الشرط الجزائى أنه واجب الدفع على كل حال ، حتى لو لم يقع ضرر أو قام المدين بتنفيذ الالزام تنفيذا جزئيا أو تبين أن التقدير مبالغ فيه الى درجة كبيرة • ولو تم الاتفاق على ذلك ، كان هذا الاتفاق باطلا لمخالفته للنظام العام ، وجاز للقاضى بالرغم من وجوده ألا يحكم بأى تعويض اذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر ، وأن يخفض الشرط الجزائى اذا أثبت المدين أنه قام بتنفيذ الالتزام تنفيذا جزئيا أو أن التقدير كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة (١) • فالقانون هنا يحمي المدين ، ويعتبر أن رضاءه بمثل هذا الاتفاق أقرب الى الاذعان منه الى القبول •

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بانه اذ كانت المادة ٢٢٤ من القانون المدنى تنص على انه « لايكون التعويض الاتفاقى مستحقا اذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحق ضرر ، ويجوز للقاضى ان يخفض هذا التعويض اذا اثبت المدين ان التقدير كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة او ان الالتزام الاصلى قد نفذ فى جزء منه ، ويقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين »، وكان قانون المحاماة ٩٦ لسنة ١٩٥٧ الذى يحكم واقعة الدعوى لايمنع من تطبيق هذا النص على التعويض المتفق عليه بين المحامى وموكله فى حالة عزله من الوكالة : نقض مدنى فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ رقم ٣٢٧ ص ١٧٥٧ •

المبحث الثانى

متى تجــوز زيادة الشرط الجزائى

٤٩٧ — حالتان : رأينا أن المادة ٢٢٥ تقضى بجــواز زيادة الشرط الجزائى اذا جاوز الضرر قيمة التعويض المقدر وأثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما • كذلك لا يجوز — تطبيقا للقواعد العامة — أن يجعل المدين من الشرط الجزائى تكئة للتحايل على قواعد التعديل الاتفاقى للمسئولية ، فبعض هذه القــواعد يعتبر من النظــام العــام ولا تجوز مخالفته حتى تحت ستار الشرط الجزائى (١) •

ونستعرض كلا من هاتين الحالتين •

٤٩٨ — زيادة الضرر على التعويض المقدر وقد ارتكب المدين غشا أو خطأ جسيما : اذا تبين ، على العكس مما تقدم ، أن التعويض المقــدر ليس مبالغا فيه بل هو أقل من الضرر الــواقع ، فان القــاضى مع ذلك لا يزيده ليكون مساويا للضرر ، بل يحكم به كما هو • ويكــون الشرط الجزائى فى هذه الحالة بمثابة تخفيف لمسئولية المدين ، والاتفــاق على التخفيف من المسئولية أو الاعفاء منها جائز ، فقد قضت الفقرة الثــانية من المادة ٢١٧ بجواز الاتفاق على اعفاء المدين من أية مســئولية تترتب

---

(١) واذا اشترط الدائن ، الى جانب الشرط الجزائى ، تعويضا من نوع آخر ، بأن اشترط على المدين اذا لم يسلم له كذا قنطارا من القطن مثلا وجب أن يدفع الفرق بين ثمن القطن وقت التنفيذ والثمن الذى اشترى به الدائن هذا القطن على حساب المدين ، وهذا بالاضافة الى شرط جزائى مقدر ، لم يجز للدائن أن يجمع بين التعويضين ، ولكن له ان يختار احدهما (استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٩٤ — ٣١ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٦٤ — ١١ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٣١ — أول مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢١٤) . على انه يجوز الجمع بين التعويضين اذا كان كل تعويض يؤسس عــلى ضرر غــير الضرر الذى يؤسس عليه التعويض الآخر (استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ٩٢ ص ١٠٠ — ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٩٢) .

على عدم تنفيذه التزامه التعاقدى الا ما ينشـأ عن غشـه أو خطئـه الجسيم (١) •

ومعنى ذلك أنه اذا زاد الضرر على التعويض المقدر ، ولكن الدائن أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما ، فان الشرط الجـزائى الذى جاز أن يخفف من مسئولية المدين فى حالة الخطأ العادى لا يستطيع أن يخفف من مسئوليته فى حالتى الغش والخطأ الجسيم • وينبنى على ذلك أن القاضى يزيد فى مقدار التعويض حتى يصـبح معـادلا للضرر الذى وقع ، ولا يمنعه من ذلك أن التعويض مقدر فى الشرط الجـزائى ، فان الدائن فى اتفاقه مع المدين على تقدير التعويض لم يدخل فى حسابه غش المدين أو خطأه الجسيم ، ولا ينبغى أن يحسب هذا الحساب (٢) •

على أن الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ تضيف الى ما تقدم أنه يجوز

---

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه متى ثبت أن الاخلال بالتعهد كان عن سوء قصد ، وجب تعويض الضرر دون التقيد بالشرط الجزائى ، لأن الملحوظ بين المتعاقدين عند تقديرهما التعويض بنفسهما تبادل حسن القصد بينهما ، فاذا انتفى ذلك وتبدلت النية ، وجب الرجوع الى القاعدة العامة ، وهى التعويض عن الضرر مهما بلغت قيمته (٣٠ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ٦٥) . انظر أيضا بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٦٩ ص ٢٠٢ . وقد نصت المادة ٢٦٧ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على « أن البند الجزائى صحيح معمول به ، وان كان موازيا فى الواقع لبنـد ناف للتبعة ، وانما تستثنى حالة الخداع الذى يرتكبه المديون » .

هذا ويلاحظ أن الشرط الجزائى يكون تطبيقه على الحالة التى نظر اليها المتعاقدان ، فالشرط الجزائى المتفق عليه فى حالة التأخر لا يسرى عـلى عـدم التنفيذ ، فان لم ينفذ المتعهد التزامه تقدر التعويضات طبقا لمبادىء القانون العام (استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٥٩ — ٢٣ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢١٥ — المنصورة الجزئية الأهلية ١٧ نوفمبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ ص ٩٦) .

وغنى عـن البيان أن الطرفين لا يستطيعان أن يضـيفا الى الشرط الجزائى أنه غير قابل للزيادة حتى فى حالة غش المدين أو خطئه الجسيم ، فان هـذا الاتفاق يعتبر مخالفا للنظام العام ، ولا حاجة الى نص خاص بهذه الحالة كالنص الذى سبق ذكره فى أحوال تخفيض الشرط الجـزائى (م ٢٢٤ فقرة ٣) ، فان نص المادة ٢١٧ فقرة ٢ كاف فى ذلك . =

للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه • وينبنى على ذلك أنه يجوز الاتفاق على شرط جزائى يقدر التعويض الذى يستحق من جراء تحقق مسئولية الأشخاص الذين يستخدمهم المدين فى تنفيذ التزامه ، ولا يجوز للقاضى زيادة هذا التعويض حتى لو جاوز الضرر المبلغ المقدر ووقع غش أو خطأ جسيم من الاشخاص الذين استخدمهم المدين فى تنفيذ التزامه • ذلك ان الشرط الجزائى فى هذه الحالة يعتبر اتفاقا على تخفيف المسئولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من تابعى المدين ، ومثل هذا الاتفاق جائز كما قدمنا •

٤٩٩ — الشرط الجزائى تحايل للاعفاء من المسئولية اعفاء يتعارض مع النظام العام : وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢١٧ على أنه « يقع باطلا كل شرط يقضى بالاعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع » • ويتبين من ذلك أنه لا يجوز أن يتفق الطرفان على اعفاء المدين من مسئوليته التقصيرية ويكون هذا الاتفاق باطلا لو تم لتعارضه مع النظام العام •

وكما لا يستطيع الطرفان أن يبرما هذا الاتفاق بطريق مباشر ، كذلك لا يستطيعان ابرامه بطريق غير مباشر ، بان يتفقا على شرط جزائى يكون من التفاهة بحيث يكون المقصود به أن يصل المدين الى اشتراط اعفائه من مسئوليته التقصيرية (١) • ففى هذه الحالة يكون الشرط الجزائى باطلا ، وللقاضى أن يحكم بتعويض أزيد بكثير من التقدير التافه الذى ورد فى الشرط الجزائى ، متوخيا فى ذلك تطبيق القواعد العامة فى التقدير القضائى للتعويض (٢) •

= ويرى جانب من الفقه انه اذا اثبت الدائن تمشى المدين او خطئه الجسيم وجب على القاضى أن يزيد فى مقدار التعويض حتى يعوض الدائن تعويضا كاملا عن كل ما اصابه من ضرر . اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص١٢٦ .

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ .

(٢) استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٦٩ ص ٢٠٢ .

الفصل الثالث

التعويض القانوني أو الفوائد

(Les intérêts)

٥٠٠ — قد يتكفل القانون بتحديد مقدار التعويض : قدمنا أن الأصل هو أن يقوم القاضي بتقدير التعويض وفقا للقواعد التي بسطناها فيما تقدم • وقد يتفق المتعاقدان على تقدير التعويض مقدما في شرط جزائي على النحو الذي سبق بيانه •

أما أن المشرع هو الذي يتكفل في نصوص تشريعية بتحديد مقدار التعويض ، فهذا أمر ينبغي عدم الاقدام عليه الا في حالات نادرة يقوم فيها مبرر قوي لمثل هذا الاجراء ، ويكون في هذا المبرر القوي ما يكافىء الضرر الذي ينجم عن انطواء نصوص تشريعية جامدة على مقادير معينة من التعويض ، في حالات متنوعة قد تختلف ظروفها ، وقد يتفاوت الضرر الذي يقع في كل حالة منها ، ومع ذلك يبقى مقدار التعويض عن هذا الضرر المتفاوت جامدا في النص لا يتغير •

ومن هذه الحالات النادرة التعويضات المقدرة التي حددها القانون في شأن اصابات العمل • فقد قضى قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ (١)

---

(١) وفي فرنسا توجد تشريعات مماثلة سبقت التشريعات المصرية ، من ذلك قانون ٩ ابريل سنة ١٨٩٨ الذي يقرر مقادير مقطوعة من التعويضات عن اصابات العمل ، تقوم على أساس اجر العامل ، وتتفاوت بتفاوت جسامة الاصابة (انظر جوسران ٢ فقرة ٦٣٧) . ويلاحظ ان هيئة التأمينات الاجتماعية قد حلت محل صاحب العمل بعد أن صدر القانون رقم ٦٣ سنة ١٩٦٤ ، وهو القانون الخاص بالتأمينات الاجتماعية . واصبح لزاما على هيئة التأمينات الاجتماعية أن تعوض العامل المصاب اذا حدثت الاصابة اثناء العمل أو بسببه . ولقد خالف قانون التأمينات الاجتماعية في ذلك الحكم ما كان منصوصا عليه في قانون التأمينات الاجتماعية الصادر سنة ١٩٥٩ والذي كان يشترط في الاصابة لكي تكون اصابة العمل أن تقع أثناء العمل وبسببه . راجع محمد علي عمران في شرح قانون العمل والتأمينات الاجتماعية طبعة سنة ١٩٧٠ ص ٦٢٤ وما بعدها .

(وقد حل محل القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦) بأن لكل عامل أصيب بسبب العمل ، وفى أثناء تأديته ، الحق فى الحصول من صاحب العمل على تعويض مقدر فى هذا القانون بحسب جسامة الاصابة ، ولا يعفى صاحب العمل من التعويض الا اذا أثبت أن العامل قد تعمد اصابة نفسه أو أن الاصابة قد حدثت بسبب سلوك فاحش ومقصود من جانب العامل (١). ومن هذه الحالات أيضا القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٠ بشأن التعويض عن أمراض المهنة ، وهو يلحق أمراض المهنة باصابات العمل من حيث الزام صاحب العمل بتعويض مقدر عن هذه الأمراض دون حاجة الى اثبات خطئه . ومن هذه الحالات كذلك القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٤ بشأن تعويض أفراد طاقم السفن التجارية ضد أخطار الحرب ، ويقضى

(١) وبالمثل اذا اثبت العامل خطأ جسيما فى جانب رب العمل ، كان له ان يرجع عليه بتعويض كامل عن الضرر الذى أصابه ، ولو زاد على المقدار المقطوع المقرر فى القانون ، اذ لا يجوز اعفاء رب العمل اعفاء كليا او جزئيا من مسئوليته عن الخطأ الجسيم . ويستوى فى تطبيق قانون اصابات العمل أن تنشأ الاصابة عن آلات العمل وأدواته أو تنشأ عن شىء آخر ، ما دام العامل قد اصيب بسبب العمل وفى اثناء تأديته . وقد قضت محكمة النقض بأن المادة الثالثة من قانون اصابات العمل ، اذ نصت على أن لكل عامل أصيب بسبب العمل وفى اثناء تأديته الحق فى الحصول من صاحب العمل على تعويض عن اصابته ، قد جاء نصها عاما شاملا لاى من الحوادث يقع فيصيب العامل بسبب العمل واثناء تأديته . واذن فمتى كان الحكم المطعون فيه قد قرر أن تطبيق هذه المادة والقضاء بالتعويض للعامل بموجبها مقصور على الحوادث التى تنشأ عن آلات العمل وأدواته ، فان هذا الذى قرره غير صحيح فى القانون . واذا كان خطأ رب العمل الذى نشأ عنه الحادث فاحشا ، فانه يجوز للعامل المضرور التذرع بالقواعد العامة للمسئولية التقصيرية ، دون تقيد باللجوء الى قانون اصابات العمل ، وذلك عملا بالمادة الرابعة منه . واذن فان الحكم ، وان كان قد اخطأ فى فهم قانون اصابات العمل بما قرره من وجوب أن يكون الحادث قد نشأ من آلات العمل وادواته ، الا أن النعى عليه بهذا الفهم الخاطىء يكون غير منتج ، متى كان قد أقام قضاءه على دعامة يستقيم بها ، وهى وقوع خطأ فاحش من جانب رب العمل يسوغ للعامل طلب تطبيق القواعد العامة للمسئولية التقصيرية (نقض مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة احكام النقض ٦ رقم ٣٢ ص ٢٤٩) .

على مالك السفينة ومجهزها ومستأجرها متضامنين بتعويض مقدر لمن يصاب بسبب أخطار الحرب من أفراد طاقم السفينة (الربان وضباط الملاحة والمهندسين البحريين والبحارة وغيرهم ممن يقوم بأى عمل فى السفينة) . ويلاحظ أن المبرر القوى فى هذه الحالات هو أن المشرع اختار أن يقيم المسئولية فيها على فكرة تحمل التبعة (risque) ، والمسئولية على هذا الوجه أمر خطير لم ير المشرع أن يسير فى طريقه الى النهاية وآثر أن يتولى تحديد التعويض بمقادير معينة ضمنها نصوصا تشريعية ، وأغفل فيها أن يكون مقدار التعويض مساويا للضرر ، بل جعلها مقادير مقطوعة تعوض عن بعض الضرر لا عن كله، وذلك حتى لا يثقل عبء المسئولية كاهل من يحملها وهو انما يساءل عن أحداث لايد له فيها وحمله القانون مع ذلك تبعتها (١) .

٥٠١ — التعويض القانونى عن الالتزام بدفع مبلغ من النقود : وأهم حالة عمد فيها المشروع الى التدخل وتكفل بتحديد مقدار التعويض فى نصوص تشريعية هى حالة الالتزام بدفع مبلغ من النقود ، فان التعويض الذى يجوز أن يرتبه القانون على هذا الالتزام — سواء كان تعويضا عن التأخر فى دفعة أو كان تعويضا عن الانتفاع برأس المال (٢) — تحدده النصوص التشريعية فى صورة فوائد (intérêts) ، ويتكفل القانون بتحديد مقدار هذه الفوائد . والسبب فى ذلك كراهية تقليدية للربا ، لا فى مصر فحسب ، ولا فى البلاد الاسلامية وحدها ، بل فى أكثر تشريعات العالم ، فالربا مكروه فى كل البلاد وفى جميع العصور . ومن ثم لجأ المشرع الى تحديده للتخفيف من رزاياه ، وهذا هو المبرر القوى الذى حمل القانون فى هذه الحالة على التدخل ، وتحديد التعويض

---

(١) انظر ايضا التعويضات المقدرة فى قانون العمل الفردى .

(٢) أما التعويض عن عدم التنفيذ فلا يتصور فى الالتزام بدفع مبلغ من النقود ، فان التنفيذ العينى يكون دائما مستطاعا ، وقد مر القول فى ذلك (انظر آنفا فقرة ٤٢١ وفقرة ٤٥٩ فى الهامش) .

تحديدا قانونيا فى نصوص تشريعية (١) .

وسنرى فيما يلى كيف كره المشرع المصرى الربا ، فحدد لفوائد رؤوس الأموال ، تأخيرية كانت أو تعويضية ، سعرا قانونيا وسعرا اتفاقيا ، وكيف تشدد فى مبدأ سريان هذه الفوائد فجعله عند عدم الاتفاق لا من وقت الاعذار بل من وقت المطالبة القضائية ، وكيف أجاز استرداد ما يدفع زائدا على السعر المقرر ، وكيف أعفى المدين فى حالات معينة من دفع الفوائد حتى فى الحدود التى قررها ، وكيف منع تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، وكيف وقف بمجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن عن أن تجاوز رأس المال (٢) . فى هذه وغيرها آيات على كراهية المشرع للربا ، وعلى الرغبة فى التضييق منه حتى لا يستفحل فيرهق المدين ، وقد يؤذنه بالافلاس والخراب .

ولعلاج هذا الموضوع نستعرض : (أولا) شروط استحقاق الفوائد . (ثانيا) مقدار الفوائد كما حددها القانون .

الفرع الاول

شروط استحقاق الفوائد

٥٠٢ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٢٦ من التقنين المدنى على ما يأتى :

---

(١) ثم ان النقود يمكن عادة استغلالها بسعر ليس فيه كثير من التفاوت ، ومن ثم تيسر للمشرع أن يقرر سعرا للفائدة القانونية وحدا اقصى للفائدة الاتفاقية (انظر فقرة ٥٠٨ فيما يلى) .

(٢) وقد زاد التقنين الجديد على التقنين القديم فى كراهية الربا : فنزل بسعر الفوائد وكانت مرتفعة فى التقنين القديم ، ومنع تقاضى فوائد على متجمد الفوائد وكان ذلك جائزا ، وحدد مجموع الفوائد بما لا يزيد على راس المال وكان هذا التحديد غير موجود ، وأعفى المدين فى بعض حالات من دفع الفائد حتى في الحدود التي قررها ولم يعرف التقنين القديم هذا الاعفاء .

« اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود ، وكان معلوم المقـدار وقت الطلب ، وتأخر المدين فى الوفاء به ، كان ملزما بأن يدفع للدائن ، على سبيل التعويض عن التأخر ، فوائد قدرها أربعة فى المائة فى المسائل المدنية وخمسة فى المائة فى المسائل التجارية . وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها ان لم يحدد الاتفاق أو العرف التجـارى تاريخا آخر لسريانها . وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره » .

وتنص المادة ٢٢٧ على ما يأتى :

« ١ — يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد ، سواء أكان ذلك فى مقابل تأجيل الوفاء أم فى أية حالة أخـرى تشترط فيهـا الفوائد ، على ألا يزيد هذا السعر على سبعة فى المائة . فاذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها الى سبعة فى المائة ، وتعين رد ما دفع زائدا على هذا القدر » .

« ٢ — وكل عمولة أو منفعة ، أيا كان نوعها ، اشـترطها الدائن ، اذا زادت هى والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكـره ، تعتبر فائدة مستترة ، وتكـون قابلة للتخفيض ، اذا ما ثبت أن هـذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمـة حقيقية يكون الدائن قد أداهـا ولا منفعة مشروعة » .

وتنص المادة ٢٢٨ على ما يأتى :

« لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أن يثبت الدائن ضررا لحقه من هذا التأخر » (١) .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٢٦ : ورد هذا النص فى المادة ٣٠٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد ، فيما عدا عبارة « وكان معلوم المقدار وقت الطلب » فقد ورد بدلا منها فى المشروع التمهيدى عبارة « وكان معلوم المقدار وقت نشـوء الالتزام » . وقـد أقرت لجنة المراجعة نص المشروع التمهيدى ، واصبح رقمة المادة ٢٣٣ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ تناقش الاعضاء فى تخفيض =

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق (المعدل بالمرسوم بقانون الصادر فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٨) المواد ١٢٤ — ١٢٥/١٢٨ — ١٨٥ (١) .

= سعر الفائدة ، ثم استبقى السعر كما ورد فى المشروع . واقترح حذف عبارة « كان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام » حتى تستحق الفوائد على المبالغ التى تتم المطالبة بها أمام القضاء ولو لم يكن مقدارها معلوما وقت رفع الدعوى كالتعويض عن عمل غير مشروع مثلا (!) . ويستند الاقتراح الى ان القيد ينافى قاعدة أن الأحكام مقررة للحق ... وفيه حماية للمماطل وانتقاص لحق الدائن ... ولا يوجد له نظير فى التشريع المقارن المشار اليه فى المذكرة الايضاحية . ولم تر اللجنة الاخذ بهذا الاقتراح ، لأن المقصود من اشتراط كون الالتزام معلوم المقدار منع سريان الفوائد على المبالغ التى يطالب الدائن بها على سبيل التعويض عن عمل غير مشروع . والاستناد الى قاعدة اعتبار الاحكام مقررة غير وارد ، اذ يدخل التعويض القانونى عن التأخير فى تقدير التعويض القضائى فلا يتأثر مركز الدائن من هذه الناحية . وقد يكون تقدير التعويض بطبيعته غير ميسور الا بعد اجراءات طويلة ، فلا يكون للمدين يد فى هذا التأخير ، وقد استقر القضاء على هذا الحكم دون نص .ولكن اللجنة رات من جهة اخرى تعديل العبارة على النحو الآتى : « وكان معلوم المقدار وقت الطلب » ، لأن العبرة فى تعيين المقدار بوقت المطالبة لا بوقت نشوء الالتزام . واصبحت المادة رقمها ٢٢٦. ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٦ وص ٥٧٨ — ص ٥٨٠) .

م ٢٢٧ : ورد هذا النص فى المادة ٣٠٥ من المشروع التمهيدى مقتصرا على الفقرة الأولى منه دون الفقرة الثانية . وفى لجنة المراجعة اضيفت الفقرة الثانية وأصبح رقم المادة ٢٣٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « اذا ما ثبت ان » الواردة فى الفقرة الثانية بعبارة « اذا ما اثبت المدين ان » ، وبذلك يكون تعيين من يحمل عبء الاثبات خاضعا للقواعد العامة . واصبحت المادة رقمها ٢٢٧ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٢ وص ٥٨٤ — ص ٥٨٦) .

م ٢٢٨ ، ورد هذا النص فى المادة ٣٠٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد . واقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٣٥ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٢٨ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٧) .

(١) كانت المادة ١٢٤/١٨٢ — ١٨٤ من التقنين المدنى السابق تجرى على الوجه الآتى : « اذا كان المتعهد به عبارة عن مبلغ من الدراهم =

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المــدنى السـورى المواد ٢٢٧ — ٢٢٩ ، وفى التقنين المدنى العــراقى المــواد ١٧١ — ١٧٣ فقــرة أولى و ١٧٦ ، وفى التقنين المــدنى الليبى المواد ٢٢٩ — ٢٣١ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٢٦٥ فقرة

= فوائده مســتحقة من يوم المطالبة الرســمية فقط اذا لم يقض العقد أو الاصطلاح التجارى أو القانون فى أحوال مخصوصة بغير ذلك . وتكــون الفوائد باعتبار خمسة فى المائة سنويا فى المواد المدينة وستة فى المــائة فى المواد التجارية ما لم يحصل الاتفاق على غير ذلك » . وكانت المادة ١٢٥/ ١٨٥ من نفس التقنين تجرى على الوجه الآتى : « لايجوز مطلقا أن يحصل الاتفاق بين المتعاقدين على فوائد تزيد على ثمانية فى المائة سنويا . ويجوز تخفيض هذا الحد الى سبعة فى المائة بمرسوم ، وفى هذه الحالة لايطبــق ســعر الفائدة الجديد الا بعد مضى ستة أشهر من تاريخ نشر المرســوم . ويجوز رد الحد المخفض الى أصله بنفس الشروط والاوضاع المذكــورة . وكل اتفاق نص فيه على فائدة تزيد على هذا الحد تخفض بحكم القانون الى الحد الاقصى للفائدة التى يجوز الاتفاق عليها . وكل عمولة أو منفعة أيــا كان نوعها اشترطها المقرض ، اذا زادت هى والفائدة المتفق عليها عــلى الحد الاقصى المتقدم ذكره ، تعتبر فائدة مستترة وتكون قابلة للتخفيض اذا ما اثبت المقترض أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكــون المقرض قد أداها ولا نفقة مشروعة » .

وكان التقنين المدنى السابق فى مبدأ الامر يجعل سعر الفائدة القانونية ٧٪ فى المواد المدنية و ٩٪ فى المواد التجارية . ثم عدل هذا السعر الى ٥٪ و ٧٪ بالأمر العالى الصادر فى ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ . وبقى هذا الأمر العالى معمولا به الى أن صدر مرســوم بقانون فى ١٩ مارس ســنة ١٩٣٨ يجعل السعر ٥٪ و ٦٪ . ثم نزل السعر فى التقنين الجديد ، كما رأينا الى ٤٪ و ٥٪ .

وكان سعر الفائدة الاتفاقية فى مبدأ الأمر ، فى التقنين المدنى السابق، ١٢٪ . ثم عدل بالأمر العالى الصادر فى ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ الى ٩٪ ، دون أن يلاحظ فى هذا التعديل أن يعدل تبعا لذلك نص المادة ٤٧٨/٥٨٢ ، فبقيت هذه المادة تنص على ان الفائدة الاتفاقية فى عارية الاستهلاك لايجوز أن تزيد على ١٢٪ ثم صدر المرسوم بقانون فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ يجعل الســعر الاتفاقى للفائدة ٨٪ ويجوز تخفيضه بمرسوم الى ٧٪ . وعدلت المادة ٤٧٨/ ٥٨٢ فى هذه المناسبة ، فأصبحت متمشية مع المادة ١٢٥/١٨٥ . واضاف المرسوم بقانون المذكور النص الآتى : « لا يسرى حد الفائدة التى يجوز الاتفاق عليها المقرر بهذا المرسوم بقانون أو بمقتضى أحكامه على الاتفاقات المعقودة قبل تاريخ العمل به أو قبل تاريخ العمل بالمرسوم المشار اليه فى المادة ١٢٥/ ١٨٥ » : أى المرسوم الذى يصدر مخفضا الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية من ٨٪ الى ٧٪ ثم قد يصدر بعد ذلك معيدا له الى ٨٪ . ثم خفض التقنين الجديد الحد الاقصى للفائدة الاتفاقية الى ٧٪ كما رأينا .

أولى و ٧٦٧ (١) . ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى الكويتى ولا فى التقنين المدنى الاردنى (٢) .

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الاخرى : التقنين المدنى السورى** م ٢٢٧ — ٢٢٩ (مطابقة لنص المواد ٢٢٦ — ٢٢٨ من التقنين المصرى ، فيما عدا أن الحد الأقصى للسعر الاتفاقى فى التقنين السورى هو ٩٪ .

التقنين المدنى العراقى م ١٧١ — ١٧٣ فقرة أولى (مطابقة لنص المواد ٢٢٦ — ٢٢٨ من التقنين المدنى المصرى ، فيما عدا أن المادة ١٧١ عراقى تجعل معلومية المقدار وقت نشوء الالتزام ، وان المادة ١٧٢ فقــــرة أولى عراقى اسقطت عبارة : « سواء أكان ذلك فى مقابل تأخير الوفاء أم فى أيـــة حالة أخرى تشترط فيها الفوائد ») .

م ١٧٦ : فى حساب الفوائد يكون التقويم الشمسى هو المعتمد . (وهذا يطابق الحكم فى القانون المصرى ، ويؤكد المادة ٩ من التقنين المدنى العراقى: انظر فى عدم ضرورتها الدكتور حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٧٢ ص ٦٧) .

التقنين المدنى الليبى م ٢٢٩ — ٢٣١ (مطابقة لنص المـــواد ٢٢٦ — ٢٢٨ من التقنين المدنى المصرى ، فيما عدا أن الحد الأقصى للسعر الاتفاقى فى التقنين الليبى هو ١٠٪) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٦٥ فقرة أولى : اذا كان موضوع الموجب مبلغا من النقود ، فأن عوض التأخير يكون بأداء فائدة المبلغ المستحق محسوبة على المعدل القانونى ، ما لم يكن ثمة نص مخالف فى العقد او فى القانون . (ملاحظة : جعل قانون المرابحة العثمانى الصادر فى ٩ رجب سنة ١٣٠٤ — ٢٢ مارس سنة ١٨٨٧ — وهو المعمول به فى لبنان ، سعر الفائدة القانونية فى المسائل المدنية ٩٪ . وجعل قانون التجارة اللبنانى هذا السعر فى المسائل التجارية ٩٪ايضا) .

م ٧٦٧ : اذا اشترط الفريقان اداء فائدة ولم يعينا معدلها ، وجب على المقترض ان يدفع الفائدة القانونية . وفى المواد المدنية يجب أن يعين خطـــأ معدل الفائدة المتفق عليها حينما يكون زائدا على الفائدة القانونية . واذا لم يعين خطأ فلا تجب الفائدة الا على المعدل القانونى .

(ملاحظة — يظهر من نص المادة ٧٦٧ من التقنين اللبنانى أن هـــــذا التقنين لا يشترط حدا اقصى للسعر الاتفاقى ، ولكن انظر فى القيود التى ترد على الفائدة الاتفاقية فى لبنان الدكتور صبحى المحمصانى فى آثار الالتزام فى القانون اللبنانى ص ٢٩ — ص ٣٠ — وفى لبنان يكفى الانذار الخطى لسريان الفوائد : الدكتور صبحى المحمصانى فى آثار الالتزام فى القانون اللبنـــــانى ص ٣٤) .

(٢) وقد نص التقنين المدنى الكويتى فى المادة ٣٠٥ على انه ١ — يقع باطلا كل اتفاق على تقاضى فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود او مقـــابل التأخير فى الوفاء بالالتزام به ٢ — ويعتبر فى حكم القانون كل منفعة او: =

ويؤخذ من هذه النصوص أن هناك نوعين من الفوائد : آ — فوائد تأخيرية للتعويض عن التأخر فى الوفاء بمبلغ من النقود ٢٠ — وفوائد تعويضية للتعويض عن الانتفاع برؤوس الأموال . ولكل من هذين النوعين من الفوائد شروط استحقاق خاصة به . ثم ان هناك شروطا عامة تحدد المنطقة التى تستحق فى دائراتها الفوائد ، سواء كانت تأخيرية أو تعويضية . فنبدأ بهذه الشروط ، ثم نستعرض شروط استحقاق الفوائد التأخيرية ، فشروط استحقاق الفوائد التعويضية .

١ — الشروط التى تحدد منطقة استحقاق الفوائد

٥٠٣ — تحديد هذه المنطقة : يمكن تحديدها بأنها المنطقة التى تتسع لكل التزام بدفع مبلغ من النقود معلوم المقدار وقت الطلب ، وهذا ما نص عليه التقنين المدنى فى صدر المادة ٢٢٦ كما رأينا .

فيجب اذن أن يكون هناك : ١ — التزام بدفع مبلغ من النقود ٢ — وهذا المبلغ معلوم المقدار وقت الطلب .

٥٠٤ — التزام بدفع مبلغ من النقود : أى التزام بدفع مبلغ من النقود يدخل فى منطقة استحقاق الفوائد . فالعبرة اذن بمحل الالتزام ، وما دام هذا المحل هو دفع مبلغ من النقود فمن الجائز أن تكون هناك فوائد مستحقة .

ولا عبرة بمصدر الالتزام فقد يكون هذا المصدر عقدا ، وهو الغالب . مثل ذلك التزام المقترض برد النقود التى اقترضها ، والتزام المشترى بدفع الثمن ، والتزام المستأجر بدفع الأجرة اذا كانت نقودا ، والتزام الشريك بتقديم حصته فى الشركة اذا كانت هذه الحصة مبلغا

= عمولة أيا كان نوعها اشترطها الدائن اذا ماثبت أن ذلك لايقابله خدمة حقيقية متناسبة يكون الدائن قد اداها فعلا .

من النقود • وقد يكون مصدر الالتزام غير العقد (١) ، كالالتزام برد غير المستحق اذا كان ما دفع دون حق نقودا ، والالتزام بدفع النفقة اذا قدرت مبلغا من النقود كما هى العادة (٢) •

٥٠٥ — **معلوم المقدار عند الطلب** : والالتزام بدفع مبلغ من النقود أما أن يكون معلوم المقدار وقت نشوئه ، أما الا يكون معلوم

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بان المادة ٢٢٦ من القانون المدنى تشترط لاستحقاق الفوائد التأخيريه ان يكون محل الالتزام مبلغا من النقود معلوم المقدار وقت الطلب ، ويدخل فى هذا النطاق مقابل الاجازة وبدل الانذار ومكافأة نهاية مدة الخدمة آذ هى محددة بمقتضى قانون العمل وليس للقاضى سلطة تقديرية فى تحديدها وبالتالى فهى لاتعتبر فى حكم التعويض : نقض مدنى فى ٨ من يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ رقم ٩ ص ٣٨ ونقض مدنى فى ٢٠ من مارس سنة ١٩٦٨ المجموعة المشار اليها السنة ١٩ رقم ٨٣ ص ٥٥٠ .

(٢) قارن دى باج ٣ فقرة ١٣٩ ، حيث يذهب الى وجوب أن يكون محل الالتزام ابتداء (initialement) هو مبلغ من النقود ، وهذا صحيح . ولكنه يخرج بهذا القيد الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع ، باعتبار ان التعويض هنا — وهو مبلغ من النقود — ليس الا تنفيذا بمقابل (exécution par équivalent) لالتزام اصلى هو الالتزام باتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الأضرار بالغير ، وليس تنفيذا عينيا لهذا الالتزام . فالنقود اذن ليست محل الالتزام ابتداء (انظر أيضا ديموج ٦ فقرة ٣٧١ ص ٤١٥) . واذا كان صحيحا أن النقود ، فى التعويض عن عمل غير مشروع ، ليست الا تنفيذا بمقابل لالتزام أصلى ، الا أن هناك التزاما آخر أنشأه القانون جزاء لهذا الالتزام الأصلى ، هو الالتزام بالتعويض عن العمل غير المشروع . وهذا الالتزام ، اذا قدر التعويض بمبلغ من النقود كما هو الغالب ، يكون محله ابتداء هو النقود . فهناك اذن التزامان : ١ — التزام باتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الاضرار بالغير ، ومحله ابتداء هو اتخاذ هذه الحيطة الواجبة ، فهو التزام بعمل ، والنقود بالنسبة الى هذا الالتزام ليست الا تنفيذا بمقابل . ٢ — التزام بالتعويض عن عمل غير مشروع أنشىء جزاء للالتزام الأول ، ومحل هذا الالتزام الثانى ابتداء هو دفع مبلغ من النقود . أما من وجهة نظر دى باج فيبدو انه لايوجد الا التزام واحد ، هو الالتزام باتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الاضرار بالغير ، والمحل الاصلى لهذا الالتزام هو اتخاذ هذه الحيطة ، فاذا ما أخل المدين بالتزامه تبدل المحل واصبح تعويضا اى مبلغا من النقود ، فيتغير محل الالتزام دون أن يتغير الالتزام ذاته . وسنعود الى الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع فيما بعد .

المقدار الا وقت المطالبـة به • وقـد كان المشروع التمهيدى المـادة ٢٢٦ يشترط أن يكون الالتزام معلوم المقـدار وقت نشـوء الالتزام ، فكان هذا الشرط يخرج من منطقة استحقاق الفوائد الالتزام بالتعويض اذا كان ناشئا عن عمل غير مشروع ، واقترح فى لجنة مجلس الشيوخ حذف هذا الشرط ، « ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن المقصود من اشتراط كـون الالتزام معلوم المقـدار منع سريان الفوائد عـلى المبالغ التى يطالب الدائن بهـا على سـبيل التعويض عن عمل غـير مشروع » • ولكن اللجنة مع ذلك عدلت الشرط ، فأصـبح الواجب أن يكون الالتزام « معلوم المقدار وقت الطلب » (١) • وهذا التعديل يفقد الشرط أهميته ، فكل التزام بدفع مبلغ من النقود يكون معلوم المقدار وقت أن يطالب به الدائن ولو كان غير خال من النزاع • ذلك أن الدائن يقدر حتما عند المطالبة المبلغ الذى يطالب به ، سـواء فى ذلك الالتزام برد القرض أو الالتزام بالتعويض عن عمل غـير مشروع ، ويخضـع تقديره فى جميع الأحـوال لحكم القاضى • لذلك لم يعد لاشـتراط « معلومية المقدار عند الطلب » أهمية عملية ، مادام كل التزام بدفـع مبلغ من النقود يعتبر مستوفيا لهذا الشرط ، وما دام الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع ، الذى أريد بوضع الشرط اخراجه ، هو أيضـا التزام « معلوم المقدار عند الطلب » (٢) •

---

(١) انظر آنفا — فى تاريخ نص المادة ٢٢٦ — فقرة ٥٠٢ فى الهامش • وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٩ — ص ٥٨٠ •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٢٢٦ من القانون المدنى تنص على أنه « اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقـدار وقت الطلب وتأخر المدين فى الوفاء به كان ملزما بأن يدفع للدائن على سـبيل التعويض عن التأخير فوائد . » وقد قصد المشرع من عبارة « وقت الطلب » التى استبدلت بعبارة « وقت نشوء الالتزام » الواردة بالمشروع التمهيدى للقانون — منع سريان الفوائد المنصوص عليها فى هذه المادة على التعويض عن العمل غير المشروع من تاريخ المطالبة القضائية . والحكمة من تقرير هذه القاعدة تتحقق كذلك بالنسبة للتعويض عن الخطأ مما يرجع فيـه الى تقدير القاضى المطلق لان المبلغ المطـالب به كتعويض فى الحالين لا يكون =

ثم انه لا ضير من ادخال الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع فى منطقة استحقاق الفوائد ، لأن الذى يقع هو « أن القاضى يقدر مبلغا من النقود تعويضا عن الضرر ، ويدخل فى تقديره النوعان من الضرر : الضرر الأصلى الناشىء عن خطأ المسئول والضرر الناشىء عن التأخير الى يوم النطق بالحكم ، فيجمع التعويضين فى مبلغ واحد .. ويبقى بعد ذلك التعويض عن التأخير منذ صدور الحكم ، ويحق للمضرور أن يطالب به بدعوى جديدة ، فيقضى له بالسعر القانونى للفوائد من وقت رفع الدعوى الجديدة وفقا للقواعد العامة (١) . وقد يطلب المضرور فى

= « معلوم المقدار وقت الطلب » . ومتى كان الحكم المطعون فيه قد قضى فى دعوى التعويض عن خطأ تعاقدى بالفوائد عن مبلغ التعويض المحكوم به من تاريخ المطالبة الرسمية فانه يكون قد خالف القانون فى خصوص تحديد بدء سريان الفوائد التي لا تستحق فى هذه الحالة الا من تاريخ صدور الحكم الاستئنافى الصادر بالتعويض باعتبار أنه التاريخ الذى يصبح فيه محل الالتزام معلوم المقدار : نقض مدنى فى ١٥ من فبراير سنة ١٩٦٢ — مجموعة احكام النقض السنة ١٣ رقم ٣٩ ص ٢٥٣ ونقض مدنى فى ١٢ من ديسمبر ٦٢ — المجموعة السابقة السنة ١٤ رقم ١٦٣ ص ١١٣٩ — كما قضت بأن المقصود بكون محل الالتزام معلوم المقدار ان يكون تحديد مقداره قائما على اسس ثابته لايكون معها للقضاء سلطة رحبة فى التقدير . وعدم جواز القضاء بالفوائد من تاريخ المطالبة الرسمية بالنسبة للتعويض عن العمل غير المشروع يقتضى تطبيق الحكم ذاته على التعويض المستحق عن عدم تنفيذ الالتزام بمعناه ايا كان مصدره كلما كان تقدير هذا التعويض خاضعا لمطلق تقدير القاضى : نقض مدنى فى ١٨ ابريل سنة ١٩٦٣. مجموعة احكام النقض السنة ١٤ رقم ٧٩ص٥٥٤ — وقضت أيضا بانه متى كانت المطالبة القضائية بالتعويض قد تمت بعد العمل بالقانون المدنى القائم فأن الفوائد عن هذا التعويض لا تسرى الا من تاريخ الحكم النهائى ، واذ قضى الحكم المطعون فيه بفوائد هذا التعويض عن مدة سابقة على صدوره فانه يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون : نقض مدنى فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٧٦ مجموعة احكام النقض السنة ٢٧ رقم ٣٤٠ ص ١٨٥٧ .

(١) قارن الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٥٦ ، حيث يذهب ، فى الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع ، الى انه « اذا صدر حكم القاضى بتحديد المبلغ الذى على المدين اداؤه ، فان الدائن يستحق فوائد التأخير بمجرد صدور حكم القاضى دون حاجة الى مطالبة قضائية جديدة او انذار ، تطبيقا للمادة ٢٢٠/ب » .

الدعوى الأصلية الحكم بفوائد مع مبلغ التعويض الأصلى ، فيقضى له بالسعر القانونى للفوائد من وقت صدور الحكم فى الدعوى الأصلية (١) ، ومن ثم لا يحتاج الى رفع دعوى جديدة بفوائد التاخير (٢) » .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن تاريخ الحكم النهائى بالتعويض عن العمل غير المشروع هو الوقت الذى يصبح فيه محل الالتزام معلوم المقدار والذى يبتدىء منه بالتالى استحقاق الفوائد ، فلا يحول دون الحكم بها القول بانها لم تترتب بعد فى الذمة ، ذلك أن القضاء بالفوائد انما هو تقدير لحق الدائن فيها قبل مدينه اذا تأخر فى الوفاء : نقض مدنى فى ١٨ من ابريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ رقم ٧٩ ص ٥٥٤ .

كما قضت بان مفاد نص المادة ٢٢٦ من القانون المدنى والاعمال التحضيرية لهذه المادة أن لا تسرى الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية الا على المبالغ التى تكون معلومة المقدار وقت رفع الدعوى . والمقصود بكون محل الإلتزام معلوم المقدار ان يكون تحديد مقداره قائما على أسس ثابتة لايكون معها للقضاء سلطة فى التقدير ،ولما كان ما يستحقه المالك مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة يعتبر تعويضا عما ناله من الضرر بسبب حرمانه من ملكه جبرا عنه للمنفعة العامة وهذا التعويض هو مما يكون للقاضى سلطة واسعة فى تقديرة فان تحديد المالك ما يطلبه فى صحيفة دعواه لا يجعله معلوم المقدار وقت الطلب بالمعنى الذى يقصده القانون وانما يصدق عليه هذا الوصف بصدور الحكم النهائى فى الدعوى : نقض مدنى فى ٢٥ من يونيه سنة ١٩٦٤ — مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ رقم ١٣٦ ص ٨٧٨ ونقض مدنى فى ٢٢ يونيه سنة ١٩٧٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ رقم ٢٦٤ ص ١٣٨٧ .

وقضت أيضا بان المادة ٢٢٦ من القانون المدنى تشترط لسريان الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية ان يكون محل الالتزام مبلغا من النقود معلوم المقدار وقت الطلب ، والمقصود بكون الالتزام معلوم المقدار أن يكون تحديد مقداره قائما على أسس ثابته لايكون معها للقضاء سلطة فى التقدير ، واذ كان التعويض المستحق للطاعنين عن حرمانهم من الانتفاع بالمنشآت المراد اقامتها هو مما يخضع للسلطه التقديرية للمحكمة ، فان تحديدهم لما يطلبونه فى صحيفة دعواهم لايجعله معلوم المقدار وقت الطلب بالمعنى الذى قصده القانون ، وانما يصدق عليه هذا الوصف بصدور الحكم النهائى فى الدعوى ، فلا تسرى الفائدة عليه الا من تاريخ صدور الحكم النهائى : نقض مدنى فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٧٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ رقم ٣٤٥ ص ص ١٨٥٨ .

(٢) الوسيط الجزء الاول فقرة ٦٣٨ ص ٩٦٣ وهامش رقم ١ — أنظر أيضا فى استحقاق الفوائد التأخيرية عن مبلغ التعويض عن عمل غير مشروع منذ المطالبة القضائية : استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص =

وجملة القول انه لا حاجة لقيد « معلومية المقدار وقت الطلب » ، فهو اما قيد صورى ، واما قيد غير ضرورى • وتصبح منطقة استحقاق الفوائد تتسع لكل التزام بدفع مبلغ من النقود (١) ، أيا كان مصـــدر

= ٢٤٦ ـ ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٣١ ـ ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٨١ ، وفى جواز أن يضيف القاضى الى التعويض الاصلى تعويضـا تكميليا عن التأخير : استئناف مختلط ٢ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٣٥ — ١٨ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٨٠ — ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٣١ . ومع ذلك انظر فى أن التعويض عن حادث (عمل غير مشروع) تستحق عليه الفوائد من وقت وقوع هذا الحادث اذا راى القاضى ان هذا ما يقتضيه التعويض الكامل عن الضرر : استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٨١ ، وفى أن القاضى يقدر فى بعض الحالات تعويضا كافيا لتغطية الضرر من وقت وقوع الحادث الى وقت الحكم : استئناف مختلط ٢٨ أبريـل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٣٦ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٢ — ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٤٥ .

(١) وقد جرت أحكام القضاء على التفرقة بين حالتين (الاولى) اذا كان مبلغ النقود المطالب به معلوم المقدار منذ استحقاقه ، فهنا تسرى الفـوائد عنه من تاريخ المطالبة القضائية ، يستوى فى ذلك أن تكون قد ثارت منازعة فى استحقاق المبلغ كله او بعضه او لم تثر اذ ليس من شأن تلك المنازعـــة ان تنفى عن المبلغ المطالب به انه معلوم المقدار لقيام استحقاقه على اسس ثابته ومن ثم لايكون للقضاء سلطة رحبة فى تقديره (والحالة الثانية) اذا كان المبلغ المطالب به غير محدد المقدار وقت استحقاقه بل يرجع فى ذلك الى تقدير القاضى المطلق ، كالمطالبة بالتعويض سواء عن خطأ تعاقدى أو عـــن خطأ تقصيرى ، ففى هذه الحالة لا تسرى الفوائد عنه الا من تاريخ صدور الحكم النهائى بالتعويض ، باعتباره التاريخ الذى يصبح فيه التعويض معلوم المقـــدار .

وقد قضت محكمة النقض بانه ليس من شان المنازعة فى اســـتحقاق مصلحة الجمارك الطاعنة للمبلغ المطالب به كرسوم جمركية دون مقدارها ما يصح معه القول بأن المبلغ المطالب به غير معلوم المقدار وقت الطلب ، مادام أنه ثبت استحقاق الطاعنة ، ومن ثم فان الحكم المطعون فيه اذ اسند تاريخ الفوائد الى تاريخ الحكم النهائى مخالفا فى ذلك نص المادة ٢٢٦ من القانون المدنى ، فانه يكون مخطئا فى تطبيق القانون : نقض مـــدنى فى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ رقم ٢٢٢ ص ١٤٢٥ — كما قضت بأن المقصود بكون المبلغ محل الالتزام معلوم المقدار وقت الطلب كشرط لسريان فوائد التأخير من تاريخ المطالبة القضائية وفقا لنص المـــادة ٢٢٦ من القانون المدنى هو الا يكون المبلغ المطالب به تعويضا خاضـــعا فى تحديده لمطلق تقدير القضاء ، أما حيث يكون التعويض مستندا الى اسس =

هذا الالتزام (١) .

= ثابتة باتفاق الطرفين بحيث لا يكون للقضاء سلطة رحبة فى التقدير ، فانه يكون معلوم المقدار وقت الطلب ولو نازع المدين فى مقدارة ، اذ ليس من شأن منازعة المدين اطلاق يد القضاء فى التقدير بل تظل سلطته التقديرية محدودة على حسم النزاع فى حدود الاسس المتفق عليها ، واذ كان عقد التأمين قد تضمن التزام شركات التأمين بالتعويض على اساس القيمة المؤمن بها أو الاسعار الرسمية أو السوقية بجهة التصدير ايهما اقل ، فان الحكم المطعون فيه اذ قضى بسريان الفوائد التأخيرية من تاريخ الحكم استنادا الى ان التعويض المطالب به غير خال من النزاع مقدما وغير محدد المقدار ، فانه يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون : نقض مدنى فى ١٤ يونيه سنة ١٨٧٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ رقم ٢٥٧ ص ١٣٥٢ — كما قضت محكمة النقض بأن المقصود بكون محل الالتزام معلوم المقدار هو أن يكون تحديد مقدارة قائما على أسس ثابته لايكون معها للقضاء سلطة فى التقدير ، واذ كان الحكم المطعون فيه قد انتهى الى بطلان الاتفاق موضوع الدعوى بخصوص ما تضمنه من تحديد الاتعاب بنسبة ٢٥٪ وقدر فى حدود سلطته الموضوعية اتعاب الطاعن وهو محام بمبلغ ٣٢٥ جنيها ثم أعتبر هذه الاتعاب غير معينه المقدار وقت الطلب ورتب على ذلك ان الفوائد المستحقة عن المبلغ المحكوم به لا تسرى الا من تاريخ صدور الحكم ، فانه لايكون قد خالف القانون : نقض مدنى فى ٢٣ فبراير سنة ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ رقم ٩٧ ص ٥١١ — وقضت محكمة النقض ايضا بأنها اذا كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه انه أقام قضاءه على اخلال الطاعنة فى تنفيذ التزامها بتسليم المطعون ضده كميات الارز المتفق عليها مقابل كميات الذرة التى تسلمها منه بالفعل ، وكان ما قضى به الحكم لايعدو أن يكون تعويضا عن اخلال الطاعنه فى تنفيذ تعاقدها مع المطعون ضده ، وهذا التعويض لم يكن معلوم المقدار وقت رفع الدعوى بل يخضع تقديره لسلطة القضاء ، ومن ثم فأن الفائدة القانونية التى تستحق عن التأخير فى الوفاء به لا تسرى الا من تاريخ الحكم النهائى به : نقض مدنى فى ١٦ ابريل سنة ١٩٧٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ حـ ٢ رقم ٢٠٧ ص ١١٨ .

(١) وفى قضية عرضت على محكمة النقض ، قامت الحكومة بتقوية جسر النيل وأخذت اتربة لهذا الغرض من ارض المطعون عليها ، فرفعت هذه قضية على الحكومة وطالبتها بتعويض قدرته بمبلغ معين واضافت المطالبة بفوائد عن هذا المبلغ بسعر ٥٪ . فحكم لها بذلك ، ابتدائيا واستئنافيا . فطعنت الحكومة بالنقض . وقالت محكمة النقض فى أسباب حكمها : « ومن حيث ان الطعن مبنى على سبب واحد ، يتحصل فى أن الحكم المطعون فيه اذ قضى بفوائد عن المبلغ المحكوم به قد خالف القانون وذلك أنه بمقتضى المادة ٢٢٦ مدنى أن كل دين لايكون معلوم المقدار عند الطلب لايكون محلا للقضا بالفوائد عنه على سبيل التعويض عن التأخير =

والفوائد التى تستحق عن الالتزام بدفع مبلغ من النقــود هى ، كما قدمنا ، اما فوائد تأخيرية واما فوائد تعويضــية . فننتقل الآن الى بيان شروط الاستحقاق فى كل نوع من هذين .

= فى الوفاء به ، ولا تكون كذلك الا من تاريخ الحكم باعتبار أن الحكم وحده هو الذى يحدد الالتزام . وواضح من وقائع الدعوى ان الوزارة كــانت تنازع المطعون عليها فى أحقيتها للمبلغ المطالب به كما نازعتها فى مقداره ان كان ثمة موجب للقضاء عليها بشىء ، ولم تكن الطاعنة تعلم الى ان صــدر الحكم النهائى مبلغ ما يتعين عليها دفعة ، والحكم هنا منشىء لا مقرر ، ومن ثم كان القضاء بالفوائد على خــلاف ما يقضى به القانون ... ومن حيث ان سبب الطعن مردود بأن الحكم المطعون فيه اذ قضى بالفوائد القانونية عن المبلغ المحكوم به ابتداء من تاريخ المطالبة الرسمية عملا بالمادة ١٢٤ مدنى (قديم) المنطبقة على واقعة الدعوى أسس قضــاءه على أن المبلغ المطــالب به عبارة عن مبلغ من المال مستحق فى ذمة المدعى عليها (الطاعنة) وان اختلف فى تقديره ، الا أن هذا الحكم قد حسم الخلاف بتقدير مبلغ معــين تكون ذمة المدعى عليها مشغولة به منذ مطالبتها رسميا ، لان الإحكام مقررة للحقوق وليست منشئة لها . وهذا الذى قرره الحكم لا خطأ فيه . ولا محل للتحدى بنص المادة ٢٢٦ مدنى جديد لأنه تشريع مستحدث ليس له أثر رجعى فلا يسرى على واقعة الدعوى ، ومن ثم يتعين رفض الطعن » (نقض مدنى ٢٤ اكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة احكام النقض ٥ رقم ٦ ص ٧٢) . وقــد كان يكفى محكمة النقض — فى راينا — أن تقف بأسباب حكمها عند القول بأن الحكم المطعون فيه لم يخطىء . اذ هو لم يخطىء فعلا لا على مقتضى التقنين القديم ولا على مقتضى التقنين الجديد . ومادامت المدعية قد حددت التعويض الذى تطالب به مبلغا معينا من النقود ، فقد صار الالتزام الــذى تطالب به التزاما بدفع مبلغ من النقود « معلوم المقدار عند الطلب » ، على مقتضى التقنين الجديد ، وكان من حقها أن تطالب بفوائد تاخيرية عن هــذا المبلغ تسرى من وقت المطالبة القضائية بها . وهذا ما فعلته ، فقضى لها به ابتدائيا واستئنافيا .

على ان محكمة النقض اخذت بالراى الذى نذهب اليه ، فى الالتزام بدفع مبلغ من النقود اذا كان مصدره ليس هو العمل غير المشروع ، بــل أخذ غير المستحق . فقضت بأن الاحتجاج بأن المبالغ المحكوم على مصلحة الضرائب بردها لا تعتبر معلومة المقدار الا من تاريخ الحكم النهائى بردها ، فيكون حكمها حكم التعويض المقضى به عن عمل غير مشروع (الذى لايجوز الحكم بفوائد عنه من تاريخ المطالبة الرسمية عملا بالمادة ٢٢٦ مدنى) مع هذا الاحتجاج مردود بأنه قياس مع الفارق . ذلك بأن سلطة محكمــــة الموضوع فى تقدير التعويض تخولها أن تدخل فى حسابها جميع عناصر الضرر ومنها طول أمد التقاضى ، مما يغنى المدعى عن طلب فوائد التأخر عن دفع =

٢ — شروط استحقاق الفوائد التأخيرية

٥٠٦ — شروط المسئولية عن التأخير فى دفع مبلغ من النقــود — كيف حورت : حتى تتحقق مسئولية المدين بوجه عــام ، وفقــا للقواعد العامة ، يجب أن يكون هناك خطأ فى جانب المدين وضرر يلحق الدائن وعلاقة سببية تقوم بين الخطأ والضرر . يضاف الى هذه الشروط الثلاثة، ووفقا للقواعد العامة أيضا ، اعذار المدين . ونستعرض هذه الشروط الأربعة بالنسبة الى مسئولية المدين عن التأخــر فى الوفاء بمبلــغ من النقود ، وسنراها تتحور عما كانت عليه فى الأصل .

أما خطأ المدين فى التأخر عن الوفاء بالمبلغ فهو عبارة عن التأخر فى ذاته . ذلك أن التزام الوفاء بمبلغ من النقود فى ميعاد معين هــــو التزام بتحقيق غاية ، لأنه التزام بنقل ملكية (obligation de donner). فمجــرد التأخـــر فى الوفاء بالمبلغ عن الميعاد المعين هـــو الخطأ ، والخطأ هنا لاشىء غير ذلك . ومن ثم نســتبدل بشرط الخطــأ شرط التأخر فى الوفاء (١) .

= مبلغ التعويض . ولكن هذا الاعتبار لاينطبق على طلب الممول رد ما أخذ منه بغير حق ، ذلك أن المطعون عليه قد حدد فى عريضة دعواه منذ البداية المبلغ الذين طالب مصلحة الضرائب برده على أساس أنها أخذته منه بغــير حق ، وليس من شأن المنازعة فى استحقاق هذا المبلغ كله أو بعضه مايصح معه القول بأنه غير معلوم المقدار وقت الطب (نقض مدنى ٢٥ يونيه ســنة ١٩٥٣ مجموعة احكام النقض ٤ رقم ١٩٢ ص ١٢٠١ — ٢٥ يونيه ســنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩٧ ص ١٢٣٦ — ١١ مارس ســنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٨ ص ٦٠٣) . ونلاحظ أن محكمة النقض تستطيع أن تتحدث عن الالتزام بدفع مبلغ من النقود الناشىء عن عمل غير مشروع ، من حيث معلومية المقدار وقت الطلب ، على النحو الــــذى تحدثت به عن الالتزام بدفع مبلغ من النقود الناشىء عن أخذ غير المستحق . ففى كليهما يحدد المدعى فى عريضة دعواه منذ البداية المبلغ الذى يطالب به المدعى عليه ، « وليس من شأن المنازعة فى استحقاق هذا المبلغ كلــه أو بعضه ما يصح معه القول بأنه غير معلوم المقدار وقت الطلب » .

(١) قارن كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ١٦٨ حيث يبـــدو أن الخطأ يختلط بعلاقة السببية ، وحيث لا يتبين أن الالتزام بدفــع مبلغ من النقود هو التزام بتحقيق غاية مجرد التأخر فى تنفيذه يكون خطأ .

أما عن الضرر وعلاقة السببية ، فقد رأينا أن المـادة ٢٢٨ مدنى تنص على أنه « لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير ، قانونيـة كانت أو اتفاقية ، أن يثبت الدائن ضررا لحقه من هذا التأخير » . فالقانون يفرض فرضا غير قابل لاثبات العكس أن مجرد تأخر المدين عن الوفـاء بالمبلغ من النقود الذى فى ذمته يحدث ضررا للدائن . فلا الدائن فى حاجة الى اثبات هذا الضرر ، ولا المدين يستطيع أن ينفى وقوعـه . ويفرض القانون كذلك ، فرضا غير قابل لاثبات العكس ، أن هـذا الضرر هو النتيجة المباشرة لخطأ المدين وهـو تأخـره فى الوفاء . فعلاقة السببية ما بين الخطأ والضرر هى أيضا — كالضرر — مفروضة فرضا غـير قابل لاثبـات العكس (١) ، والسـبب فى افتراض الضرر وعلاقة السببية معقول . فالدائن الذى لم يستوف المبلغ من النقـود الذى له فى ذمة مدينه فى الميعاد الواجب يكون حتما فى أحد موقفين . فاما أن يكون فى حاجة الى هذه النقود ، فهو اذن مضطر أن يقترضها متربصا فى سداد القرض وفاء مدينه بالتزامه ، وعندئذ يكون قد أصابته خسارة من جراء تأخر المدين هى الفوائد التى يدفعها عادة لاقتراض المبلغ ، ومن ثم كان له أن يسترد هذه الفوائد من المدين على سـبيل التعويض . واما أن يكون فى غير حاجة الى النقود ، ولكن النقـود يمكن عادة أسـتغلالها ، فلو أن المدين وفى بالتزامه فى الميعـاد لكان فى مكنة الدائن أن يستغل نقوده ، وعندئذ يكون قد فاته ربح من جراء تأخر المدين ، فقد كان يربح الفوائد التى يتقاضاها عادة فى استغلال المبلغ ، ومن ثم كان له هنا أيضا أن يسترد هذه الفوائد من المدين على سبيل التعويض . ويتبين من ذلك أنه لا حاجة الى اسـتبقاء هـذين

---

(١) وقد كان هذا هو الحكم ايضا فى عهـد التقنين المدنى السـابق دون أن يشتمل هذا التقنين على نص صريح فى هذا المعنى (الموجز للمؤلف فقرة ٤٥٢ ص ٤٥٠ — استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٨٨٠ بوريللى م ١٨٢ فقرة ٩ — ٢٦ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٠٠) . وهذا هو ايضا حكم التقنين المدنى الفرنسى (م ١١٥٣ فقرة ٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٧) .

الشرطين — الضرر وعلاقة السببية — ضمن شروط مسئولية المدين عن التأخر في الوفاء بالمبلغ من النقود ، ما دام القانون يفترض تحققهما افتراضا لا يقبل فيه اثبات العكس .

أما اعذار المدين ، وهو الشرط الرابع ، فيتحور هنا أيضا ، بل يتشدد القانون فيه فيستبدل به ، كقاعدة عامة ، المطالبة القضائية .

ونرى من ذلك أن الشروط الأربعة قد تحورت فيما يتعلق بالمسئولية عن التأخر في دفع مبلغ من النقود ، وأصبحت تنحصر في شرطين اثنين لابد من توافرهما لاستحقاق الفوائد التأخيرية : ١ — تأخر المدين في الوفاء بالتزامه : ٢ — مطالبة الدائن بهذه الفوائد مطالبة قضائية . ونستعرض الآن كلا من هذين الشرطين .

٥٠٧ — تأخر المدين في الوفاء بالتزامه : يكفى أن يتأخر المدين في الوفاء بالتزامه بدفع مبلغ من النقود عن ميعاد الاستحقاق ، حتى تستحق الفوائد التأخيرية بالسعر الذى يقرره القانون . وهذا السعر قد يكون متفقا عليه من قبل ما بين الدائن والمدين ، وله حد أقصى يبينه القانون وسيأتى ذكره . ويغلب أن يقع هذا الاتفاق عندما يكون مصدر الالتزام هو العقد ، فيكون الاتفاق على سعر الفوائد التأخيرية ضمن شروط هذا العقد . ويسمى سعر الفائدة في هذه الحالة بالسعر الاتفاقى (taux conventionnel d'intérêts). ولا مانع من أن يتم الاتفاق على سعر الفوائد الاتفاقية في غير العقد الذى أنشأ الالتزام بدفع المبلغ من النقود ، بل في خصوص التزام بدفع مبلغ من النقود لايكون مصدره العقد . فاذا لم يكن هناك سعر للفوائد التأخيرية متفق عليه ما بين الدائن والمدين ، فان السعر الذى يسرى في هذه الحالة هو السعر القانونى (taux légal d'intérêts)، وهو سعر حدده القانون برقم ثابت سيأتى ذكره . ومن ذلك نرى أن فوائد التأخر في الوفاء بمبلغ من النقود اما أن تكون فوائد اتفاقية أو فوائد

قانونية ، وهى فى الحالتين فوائد تأخيرية (intérêts moratoires). (١) •

وهذه الفوائد التأخيرية انما هى « على سبيل التعويض عن التأخر » كما تقول المادة ٢٢٦ ، فهى تعوض الضرر الذى يفرض القانون وقوعه كنتيجة مباشرة لتأخر المدين عن الوفاء بالتزامه • أما اذا أثبت الدائن أن هناك ضررا لحق به بسبب خطأ آخر للمدين مستقل عن تأخره ، كان للدائن حق المطالبة بتعويض تكميلى بالشروط التى سنبينها فيما بعد (م ٢٣١ مدنى) •

وقد يلحق الدائن ضرر ، كنتيجة مباشرة لتأخر المدين عن الوفاء بدفع مبلغ من النقد الأجنبى نزل سعره ما بين يوم الاستحقاق ويوم الدفع الفعلى • ويقضى المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ بأن « تبطل شروط الدفع ذهبا فى العقود التى يكون الالتزام بالوفاء فيها ذا صبغة دولية والتى تكون قد قومت بالجنيهات المصرية أو الاسترلينية أو بنقد أجنبى آخر كان متداولا قانونا فى مصر (الفرنك والجنيه التركى) ، ولا يترتب عليها أى أثر » • وكانت محكمة الاستئناف المختلطة قد قضت بأنه مادام شرط الذهب المتفق عليه فى عقد قرض باطلا ، فانه لا يجوز للدائن أن يطالب على أساس المسئولية التقصيرية وبدعوى الغش بمبلغ يساوى ما خسره من جراء نزول الجنيه المصرى ، فان ذلك يكون تحايلا منه للحصول بطريق غير مباشر على ما لم يستطع الحصول عليه بطريق مباشر بمقتضى شرط الذهب (٢) • ولكنها قضت فى أحكام أخرى بأنه اذا اشترط أن يكون

---

(١) واذا كانت الفوائد التأخيرية يشترط لاستحقاقها تأخر المدين فى الوفاء ، فان فائدة الاستثمار أو الفائدة التعويضية ، وهى التى يلتزم بها المدين فى مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود يكون فى ذمته للدائن ، فانها لا تسرى الا من وقت الاتفاق اذ انها فائدة عن دين لم يحل استحقاقه . فاذا حل أجل الدين ولم يدفع المدين الدين استمد سريان هذه الفائدة الاتفاقية وأصبحت فائدة تأخيرية الأستاذ عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق فقرة ٨٠ .

(٢) ٣١ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٠٣ .

الدفع بعملة أجنبية صح الشرط ، ووجب الدفع بهذه العملة (١) .
فاذا صح شرط الدفع بعملة أجنبية ، وتأخر المدين عن الوفاء بالتزامه مدة من الزمن نزلت فى خلالها قيمة هذه العملة الأجنبية ، فان الضرر الذى أصاب الدائن من هذا النزول لا يعتبر ضررا راجعا الى سبب مستقل عن التأخر فى الوفاء ، ومن ثم يدخل تعويضه ضمن الفوائد التأخيرية بالسعر القانونى أو بالسعر الاتفاقى ، ولا يستطيع الدائن أن يطالب عنه بتعويض تكميلى الا اذا أثبت أنه ضرر تسبب فيه المدين بسوء نية ، وذلك وفقا لحكم المادة ٢٣١ مدنى التى سيأتى ذكرها (٢) .

على أن القانون قد ينص فى حالات خاصة على دفع تعويض تكميلى بالاضافة الى الفوائد التأخيرية . مثل ذلك ما نصت عليه المادة ٥١٠ مدنى من أنه « اذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته فى الشركة مبلغا من النقود ، ولم يقدم هذا المبلغ ، لزمته فوائده من وقت استحقاقه من غير حاجة الى مطالبة قضائية أو اعذار ، وذلك دون اخلال بما قد يستحق من تعويض تكميلى عند الاقتضاء (٣) » .

---

(١) ٢٣ ابريل سنة ١٩٣٦ م ٤٢ ص ٢٤٢ — ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣ — انظر فى هذه المسألة الوسيط الجزء الأول (الطبعة الثالثة — المجلد الاول) فقرة ٢٢٦ ص ٥٢٦ وهامش رقم ١ .

(٢) وذلك الا اذا قيل أن الدائن يستوفى حقه بقيمة العملة الاجنبية وقت حلول الدين لا وقت الوفاء الفعلى — انظر فى هذه المسألة فى القانون الفرنسى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٨٠ ، وفى القانون البلجيكى دى باج ٣ فقرة ١٤١ مكررة .

(٣) انظر فى هذا المعنى المادة ٥١٨/٤٢٦ — ٥١٩ من التقنين المدنى السابق والمادة ١٨٤٦ من التقنين المدنى الفرنسى . وانظر : استئناف مختلط ١٩ ابريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٩٠ — ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ١٥ . وانظر أيضا المادة ١٨٠ من التقنين التجارى (المواد ١٦٣ — ١٦٥ تجارى فرنسى فى كمبيالة الرجوع ، وهى كمبيالة جديدة يسحبها حامل الكمبيالة الأصلية على ساحبها أو أحد المحيلين ليحصل بها على قيمة تلك الكمبيالة الاصلية المعمول عنها البروتستو والفوائد وكذلك المصاريف . وانظر فى التعويضات عن فسخ البيع بسبب استحقاق المبيع=

٥٠٨ — مطالبة الدائن بالفوائد التأخيرية مطالبة قضائية :
والشرط الثانى لاستحقاق الفوائد التأخيرية هو أن يطالب الدائن

= وعدم التقيد بالفوائد القانونية فى هذه الحالة : نقض مدنى ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٥٤ . وقد قضت المادة ٢٠٢٨ من التقنين المدنى الفرنسى برجوع الكفيل على المدين بفوائد ما دفعه للدائن وبتعويض فوق ذلك (بودرى وبارد ١ فقرة ٤٩٩ — فقرة ٥٠٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٨١ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٥٨٩) ، أما المادة ٨٠٠ فقرة ٣ من التقنين المدنى المصرى فتقضى بأن يكون للكفيل الحق فى الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع (انظر فى التقنين المدنى السابق والتون ٢ ص ٢٥٥ — ص ٢٥٦) .

هذا ويلاحظ أن القضاء الفرنسى لايحكم بفوائد تأخيرية على خزانة الدولة ولالها . فلو تأخر ممول فى الوفاء بالضريبة دفعها دون أن يدفع فوائد تأخيرية ، وكذلك لو دفع مبلغا أكبر من الضريبة المستحقة استرد ما دفعه زائدا دون فوائد تأخيرية . والسبب فى ذلك أن الدولة فى حساباتها وميزانيتها تخضع لنظم غير النظم التى تخضع لها الأفراد (انظر فى هذه المسألة بودرى وبارد ١ فقرة ٥٠٩ — فقرة ٥١٠ — ديموج ٦ فقرة ٣٧٣) .

أما فى مصر فقد صدر القانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ ، وهو يقضى بعدم جواز مطالبة مصلحة الضرائب بالفوائد عن المبالغ التى يحكم عليها بردها للممولين . وقد أخذت محكمة النقض بعكس هذا الحكم فيما يتعلق بالفوائد المستحقة عن المدة السابقة على تاريخ العمل بهذا القانون ، اذ قضت بأنه ما لم يوجد نص صريح يعفى مصلحة الضرائب من الفوائد القانونية المطلوبة منها عن المبالغ المحكوم عليها بردها لتحصيلها من الممولين بغير حق ، لايجوز رفض طلب هذه الفوائد بحجة أن المصلحة المذكورة فى تحصيلها الضرائب من الممولين انما تباشر سلطة عامة مقررة لها بمقتضى القانون ، وتطبق نصوصا من مقتضاها أن يكون تحصيل الضرائب بموجب أوراد واجبة التنفيذ ، وانه لا يترتب على رفع الدعوى بها من المصلحة أو من الممول ايقاف استحقاقها الا اذا صدر فيها حكم من المحكمة ، ومن ثم لا تسرى عليها أحكام القانون المدنى ، بل تنطبق عليها أحكام القانون العام وهى لاتجيز مطالبة مصلحة الضرائب بالفوائد القانونية — ذلك بأن هذه الحجة مردودة بأن النصوص المشار اليها لا تعفى مصلحة الضرائب من الحكم عليها بالفوائد القانونية من تاريخ المطالبة عن كل مبلغ يقضى عليها برده للممول تعويضا له عن حرمانه من الانتفاع بما أخذ منه بغير حق من تاريخ رفع دعواه حتى يوفى له حقه كاملا . ولا عبرة فى هذا الخصوص بحسن نية المصلحة عند جباية الضريبة متى كان قد ثبت للمحكمة انها حصلت من الممول أكثر من استحقاقها ، وبذلك أصبح مركزها فى هذا الشأن لا يختلف عن أى مدين . . . أما التحدى بالقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ المعدل للمادة ١٠١ التي تنص بعد تعديلها على عدم جواز مطالبة مصلحة الضرائب بفوائد =

المدين بهذه الفوائد مطالبة قضائية (١) (demande, citation en justice). فلا يكفى مجرد اعذار المدين كما كان ذلك يكفى فى التعويض عن التأخير فى غير الفوائد التأخيرية (٢) . وهذا مـا يقضى به صريح نص المـادة ٢٢٦ اذ تقول : « وتسرى هذه الفوائد (الفوائد التأخيرية) من تاريخ المطالبة القضائية بها ، ان لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسريانها . وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره (٣) » .

= عن المبلغ التى يحكم عليها بردها للممولين فمربود بأنه تشريع مستحدث ليس له اثر رجعى ، فلا يسرى على الفوائد القـانونية المستحقة عن مدة سابقة على تاريخ العمل به ، بل يسرى فقط على الفوائد المطلوبة عن مدة تالية لنفاذه ، ومن ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ الى تاريخ العمل بهذا التشريع تكون الفوائد القانونية المستحقة على مصلحة الضرائب هى ٤٪ لا ٥٪ (نقض مدنى ٢٥ يونية سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩٢ ص ١٢٠١ — ٢٥ يونيـة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩٧ ص١٢٣٦ — ١١ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٨ ص ٦٠٣ — ٢٠ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٦٧ ص ٥٤٢) .

(١) استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٣٢ — ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣٨ .

(٢) استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١١٠ — ١١ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٤٥ .

(٣) وقد كان هذا هو الحكم أيضا فى عهد التقنين المدنى السابق بنص صريح (م ١٢٤/١٨٢ — ١٨٤) : استئناف أهلى ١١ مارس سنة ١٨٩٧ القضاء ٤ ص ٣٢٩ — ٢٢ابريل سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ١٦٧ — وقارن: ١١ مارس سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤٤ ص ٧٤٣ — استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ١٥ . وتعتبر مطالبة قضائية الطلبات الاضـافية ودعاوى المدعى عليه والتدخل فى الدعوى وادخال خصم ثالث فيها (استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٨٣) . واذا كانت صحيفة الدعوى باطلة ، فان الفوائد التأخيرية لاتسرى (استئناف مختلط ٢٠ يناير سـنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٣٤ — المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٤) . كذلك اذا سقطت الخصومة أو تـركت (استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٣٠ — وتبقى الفوائد سارية ما دامت صحيفة الدعوى قائمة : استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٣٣) . واذا رفعت الدعوى الى محكمة غير مختصـة فالغالب عند القضاء المصرى أن الفوائد لا تسرى (اسـتئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٨٨٥ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ١١ ص ١٢ — ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٨٣ — أول أبريل سـنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص نوفمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٢٨ — ٣٠ ابريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٦٧ — ١٠ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٨٣ — أول أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص =

ولا يكفى أن يطالب الدائن المدين بالدين وحده مطالبة قضائية حتى تسرى الفوائد التأخيرية من وقت هذه المطالبة • فالنص صريح فى وجوب المطالبة بالفوائد التأخيرية ذاتها بالاضافة الى الدين ذاته (١) • وقد كانت هذه المسألة مختلفا فيها فى عهد التقنين المدنى

= ١٥٢) ، ولكن قضى مع ذلك بأن رفع الدعوى الى محكمة غير مختصة ، كما يقطع التقادم ، يجعل الفوائد تسرى (استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٣٤) • والقضاء الفرنسى كان مستقرا على عدم سريان الفوائد عند رفع الدعوى الى محكمة غير مختصة وذلك عندما كان التقنين المدنى الفرنسى (م ١١٥٣) يشترط كالتقنين المصرى المطالبة القضائية لسريان الفوائد ، ولكن بعد أن عدل التقنين الفرنسى فى هذه المسألة بقانون ٧ أبريل سنة ١٩٠٠ فأصبح الاعذار كافيا لسريان الفوائد ، أصبح طبيعيا ان يذهب القضاء الفرنسى الى ان صحيفة الدعوى المرفوعة الى محكمة غير مختصة تعدل الاعذار وتجعل الفوائد تسرى (بودرى وبارد ١ فقرة ٥١١ — فقرة ٥١٥ — ديموج ٦ فقرة ٣٨٣ — فقرة ٣٩٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٨٣ — فقرة ٨٨٦) •

ولا يكفى لسريان الفوائد التأخيرية التنبيه (commandement): استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٣٨ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧٤ — ١٣ فبراير سنة ١٩١٧م ٢٩ ص ٢٠٧ — ١٩ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٧٦ ، ولا حجز ما للمدين لدى الغير اذا لم يعقبه طلب صحة الحجز (استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٦٥) ، ولاطلب تقدير الاتعاب، أو أعلان أمر التقدير مع التنبيه بدفع الاصل مع الفوائد (استئناف مختلط ٦ يونية سنة ١٩٢٩م ٤١ ص ٤٤٢ — ٦ يونية سنة ١٩٣٨م ٥٠ ص ٣٧٢ — اسكندرية الكلية المختلطة ٢٢ مايو سنة ١٩١٥ جازيت ٥ رقم ١٦١ ص ٤١١) • ولكن تستحق الفوائد منذ طلب الدخول فى التوزيع أو فى التفليسة (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١٢٥ — ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٨٥ — ١٤ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٦٥).

(١) وقد قضت محكمة النقض بان بدء سريان الفوائد القانونية الجائز الحكم بها انما يكون من تاريخ طلبها هى لا من تاريخ رفع الدعوى بالمبلغ الاصلى : نقض مدنى فى ٣١ من ديسمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة احكام النقض السنة ١٥ رقم ١٧٩ ص ١٢٣٧ — كما قضت بأن من شروط استحقاق فوائد التأخير القانونية بالمطالبة القضائية بها ، وهذه الفوائد على ما تقضى به المادة ٢٢٦ من القانون المدنى لا تسرى الا من تاريخ هذه المطالبة ما لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسريانها ولا يغنى عن المطالبة القضائية بهذه الفوائد رفع الدائن الدعوى بطلب اصل الدين اذا لم تتضمن صحيفة الدعوى طلب الفوائد لانها لا تستحق الا من وقت المطالبة القضائية بها بالذات : نقض مدنى فى ٦ من يونيه سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ١٦٧ ص ١١٢٠ •

السابق لعدم ورود نص صريح فى ذلك (١) ، وقد ورد هـذا النص فى التقنين المدنى الجديد فحسم الخلاف فى ذلك (٢) .

وقد تشدد القانون فى تحديد مبدأ سريان الفـوائد التأخيرية ، فجعلها من وقت المطالبة القضائية لا من وقت الاعذار ، واشـترط أن تتضمنها هذه المطالبة ، وذلك تنكرا منه للربا كما سبق القول .

على أن هذا الحكم ليس من النظام العام . فيجـوز للطـرفين أن يتفقا على خلافه ، وعلى أن تسرى الفـوائد التأخـيرية من وقت الاعذار مثلا ، أو حتى من حلول أجل الدين دون حاجة الى مطالبـة قضائية أو الى اعذار (٣) . وهذا هو ما يقع عادة عندما يتفق الطرفان على سعر اتفاقى للفوائد التأخيرية ، فان الدائن يشترط على المدين أن

---

(١) فمن الاحكام ما كان يكتفى بالمطالبة القضـائية برأس المال فتسرى الفوائد التأخيرية من وقت هذه المطالبة ولو لم تتضمن ذكر هذه الفوائـد (استئناف مصر ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٨٧٨ — أول يونيه سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٩ رقم ٥٢٩ ص ١٤١٢ — اسنا ٢١ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ ص ٥٨٧ — طنطا الكلية ١٣ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٨ رقم ١٢٧ ص ٣٤١ — محكمة مصر المختلطة ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ جورنال دى تريبيون ٩ رقم ١١١٤ — قارن استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢م ١٤ ص ١٥٣ — ١٢ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٠٥) . ومنها ما كـان يذهب الى وجوب المطالبة القضائية بالفوائد التأخيرية ذاتهـــا ولا تكفى المطالبة برأس المال (استئناف أهلى ٣١ أكتوبر سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٣٠٤ — استئناف أسيوط ٩ يونيه سنة ١٩٤٩ المجموعة الرسمية ٥٠ ص ٢١١ — بنى سويف ٣ فبراير سنة ١٩٢١ المحاماة ١ ص ٤٨٢ — جرجا ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ ص ٩٠٦ — استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٨٩ — ١٤ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٢٢ — ١١ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣١٨) .

(٢) أنظـر المـذكرة الايضـاحية للمشروع فى مجموعـة الأعمـال التحضيرية ٢ ص ٥٨٤ .

(٣) استئناف أهلى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٧ ص ١٢ — استئناف مصر ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ٥٧ — ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٤ رقم ٧٨ ص ١٩٧ — وقارن استئناف مصر ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ١٠٠٣ .

تسرى هذه الفوائد بالسعر الاتفاقى من وقت حلول الدين دون حاجة الى أى اجراء • ولذلك يكاد يكون شرط المطالبة القضائية بالفوائد التأخيرية بالسعر القانونى ، حيث لا يوجد اتفاق ما بين الدائن والمدين على سعر هذه الفوائد ، فيجب لسريانها فى الأصل أن يطالب بها الدائن مطالبة قضائية •

كذلك قد يحدد العرف التجارى ميعادا آخر غير وقت المطالبة القضائية لسريان الفوائد التأخيرية • مثل ذلك الحساب الجارى ، فسنرى أن الفوائد تسرى فيه من وقت الخصم أو الاضافة ، دون حاجة الى مطالبة قضائية أو اعذار (١) •

وقد ينص القانون فى حالات خاصة على أن الفوائد التأخيرية تسرى من وقت آخر غير وقت المطالبة القضائية ، فتسرى مثلا من وقت اعذار المدين ، أو من وقت حلول أجل الدين ، أو من وقت القيام بعمل معين • من ذلك ماقضت به الفقرة الأولى من المادة ٤٥٨ مدنى من أنه « لا حق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن الا اذا أعذر المشترى ، أو اذا سلم الشىء المبيع وكان هذا الشىء قابلا أن ينتج ثمرات أو ايرادات أخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره » • فهناك تسرى الفوائد التأخيرية من وقت اعذار المشترى أو من وقت تسليم المبيع اذا كان ينتج ثمرات أو ايرادات أخرى (٢) • من ذلك

---

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٤ .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن المادة ٣٣٠ مدنى (٤٥٨ جديد) تجعل للبائع الذى سلم العين ولم يتسلم الثمن الحق فى الفوائد اذا كانت العين المبيعة تنتج ثمرات ، والحكمة فى ذلك هو اجتماع المثلين فى يد أحد المتعاقدين ، وهذه الحكمة نفسها متوافرة فى حالة ما اذا كان المشترى دفع الثمن ولم يتسلم العين فيكون له الحق فى الفوائد ، وذلك بطريق التفسير العكسى للمادة (١٠ يونية سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٣٥٢ ص ٦٧٩) . راجع محمد على عمران، عقد البيع فى القانون المدنى المصرى فقرة ١٦١ : =

ما قضت به المادة ٥١٠ مدنى من أنه « اذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته فى الشركة مبلغا من النقود ولم يقدم هذا المبلغ ، لزمته فوائده من وقت استحقاقه ، من غير حاجة الى مطالبة قضائية أو اعذار ، وذلك دون اخلال بما قد يستحق من تعويض تكميلى عند الاقتضاء » . فهنا أيضا تسرى الفوائد التأخيرية من وقت استحقاق الدين . ومن ذلك ما قضت به المادة ٥٢٢ مدنى من أنه « ١ — اذا أخذ الشريك أو احتجز مبلغا من مال الشركة ، لزمته فوائد هذا المبلغ من يوم احتجازه ، بغير حاجة الى مطالبة قضائية أو اعذار ، وذلك دون اخلال بما قد يستحق للشركة من تعويض تكميلى عند الاقتضاء . ٢ — واذا أمد الشريك الشركة من ماله ، أو أنفق فى مصلحتها شيئا من المصروفات النافعة عن حسن نية وتبصر ، وجبت له على الشركة فوائد هذه المبالغ من يوم دفعها » . فهنا تسرى الفوائد التأخيرية لصلحة الشركة من يوم أخذ الشريك مال الشركة أو احتجازه ، ولمصلحة الشريك من يوم مده الشركة بالمال أو انفاق المصروفات النافعة . ومن ذلك ما قضت به المادة ٧٠٦ مدنى من أنه « ١ — ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه . ٢ — وعليه فوائد المبالغ التى استخدمها لصالحه من وقت استخدامها ، وعليه أيضا فوائد ما تبقى فى ذمته من حساب

= وقد قضت محكمة النقض بانه لايجوز للبائع ان يجمع بين ثمرات المبيع وفوائد الثمن : نقض مدنى فى ٣٠ من يونيه سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ رقم ٢٠٧ ص ١٤٩٠ .

كما قضت بأن المادة ١/٤٥٨ من القانون المدنى على أنه « لا حق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن الا اذا اعذر المشترى أو سلم الشىء المبيع ، وكان هذا الشىء قابلا أن ينتج ثمرات أو ايرادات اخرى هنا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره » ، مما مفاده ان الفوائد تستحق عن الثمن من وقت تسلم المشترى المبيع اذا كان هذا المبيع قابلا أن ينتج ثمرات او ايرادات اخرى ، وهى فوائد قانونية يجرى عليها حكم المادة ١/٣٧٥ من القانون المدنى فتسقط بخمس سنوات بوصفها حقا دوريا متجددا : نقض مدنى فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ رقم ٣٢٣ ص ١٧٢٧ .

الوكالة من وقت أن يعذر » . فهنا تسرى الفوائد التأخيرية فى احدى حالتين من الوقت الذى استخدم فيه الوكيل مال الموكل لصالحه ، وفى حالة أخرى من وقت الاعذار . ومن ذلك ما قضت به المادة ٧١٠ من أنه « على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الانفاق .. » . فهنا تسرى الفوائد التأخيرية من وقت انفاق الوكيل ماله فى تنفيذ الوكالة . وكالوكالة الفضالة ، فيكون « رب العمل ملزما بأن ينفذ التعهدات التى عقدها الفضولى لحسابه ، وأن يعوضه عن التعهدات التى التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف مضافا اليها فوائدها من يوم دفعها » (م ١٩٥ مدنى) . ومن ذلك أخيرا ما قضت به الفقرة الثالثة من المادة ٨٠٠ من أنه يكون « للكفيل الحق فى الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه من يوم الدفع » (١) .

٣ — شروط استحقاق الفوائد التعويضية

٥٠٩ — منطقة الفوائد التعويضية : تختلف الفوائد التعويضية عن الفوائد التأخيرية ، كما قدمنا ، فى أن الأولى يلتزم بها المدين فى مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود يكون فى ذمته للدائن ، أما الفوائد التأخيرية فهى ليست الا تعويضا عن التأخير فى الوفاء بدين هو مبلغ من النقود كما مر القول (٢) .

---

(١) وهذه النصوص سبق أن أوردنا كثيرا منها عند الكلام فى الاعذار أمثلة على حالات لا يقتضى فيها القانون الاعذار لاستحقاق التعويض عن التأخير ، وليست الفوائد التأخيرية الا صورة من صور التعويض عن التأخير (أنظر آنفا فقرة ٤٦٦ وفى الهامش) وأنظر فى نصوص التقنين المدنى السابق التى كانت تقضى بسريان الفوائد التأخيرية من وقت آخر غير وقت المطالبة القضائية الموجز للمؤلف فقرة ٤٥٢ ص ٤٥١ — ص ٤٥٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن التفرقة بين نوعى الفوائد التعويضية والتأخيرية باعتبار أن الاولى وحدها هى التى يجب للحكم باستحقاقها أن =

وأكثر ما تكون الفوائد التعويضية فى التزام بدفع مبلغ من النقود يكون مصدره العقد • والمثل المألوف فى ذلك هو عقد القرض • فالمقترض ينتفع بمبلغ القرض عادة فى مقابل فائدة يدفعها للمقرض • وقد تجب الفوائد التعويضية فى عقد البيع ، بأن يتفق المشترى مع البائع على تأجيل الثمن الى ميعاد معين فى مقابل أن يدفع المشترى فوائد عن هذا الثمن ، فتكون الفوائد هنا فى تأجيل الثمن وليست سارية طوال مدة التأخير ، ولكنها تنقلب فى هذه الحالة الى فوائد تأخيرية ، وان كانت بنفس السعر الاتفاقى • وقد تجب الفوائد التعويضية فى وديعة المصرف ، فمن أودع مصرفا مبلغا من النقود واشترط أن يتقاضى على الوديعة فوائد ، فهذه الفوائد تكون فوائد تعويضية • والفوائد التى يتقاضاها حامل السند هى أيضا فوائد تعويضية عن مبلغ من النقود أقرضه صاحب الدخل للمدين به ، ومن ثم قضت الفقرة الثانية من المادة ٥٤٥ بأنه اذا « كان ترتيب الدخل بعقد من عقود المعارضة ، اتبع فى شأنه من حيث سعر الفائدة القواعد التى تسرى على القرض ذى الفائدة » •

والذى يميز الفوائد التعويضية أنها تكون فوائد عن مبلغ من النقود لم يحل ميعاد استحقاقه ، فهو دين فى ذمة المدين طوال الأجل ، ويدفع المدين فى مقابل هذا الأجل — أى فى مقابل بقاء هذا المبلغ فى ذمته والانتفاع به — الفوائد التعويضية التى يتفق عليها مع

= يكون الدين معلوم المقدار وقت الطلب ، لا اساس لها فى القانون ، ذلك أن الفوائد التعويضية وان كان يلزم بها المدين بناء على اتفاق بينه وبين الدائن مقابل انتفاعه بمبلغ من النقود لم يحل بعد استحقاقه ، فى حين ان الفوائد التاخيرية لا تستحق الا عن دين حل اجل الوفاء به وتاخر المدين فى ادائه ، الا انه يشترط فى الحالين ان يكون محل الالتزام هو دفع مبلغ من النقود معلوم المقدار مقدما سواء فى ذلك بالنسبة للديون المؤجلة المتفق على فوائد بالنسبة لها أو الديون الحالة التى يحصل التأخير فى الوفاء بها : نقض مدنى فى أول نوفمبر سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ رقم ٢٢٧ ص ١٦١٥ .

الدائن . أما اذا حل أجل استحقاق الدين ، ولم يوفه المدين ، فان الفوائد التى تظل تسرى بعد حلول الأجل الى أن يتم الوفاء ، تنقلب الى فوائد تأخيرية ، لأنها تعتبر عندئذ بمثابة تعويض عن تأخر المدين فى الوفاء بالتزامه (١) . ومن ثم يندر أن توجد حالة تستحق فيها فوائد تعويضية عن مبلغ من النقود لا يكون مصدرة العقد ، فان الدين الذى يكون مصدره غير العقد ينشئه القانون منجزا من وقت أن ينشأ ، فما عسى أن يستحق عليه من الفوائد بعد حلوله انما تكون فوائد تأخيرية . والعقد — أو التصرف القانونى بوجه عام — هو الذى ينشىء الدين الى أجل ، ويرتب عليه فوائد تعويضية طوال مدة هذا الأجل (٢) .

---

(١) وقد اختلف الفقهاء فى فرنسا فى هذه المسألة . فمنهم من يرى أن الفوائد الاتفاقية تبقى سارية بعد حلول اجل الدين الى يوم الوفاء ، وهذا هو الراى الذى نأخذ به (لوران ٢٦ فقرة ٥١٦م — بودرى وبارد ١ فقرة ٥٠٦) ، ومنهم من يرى أن الفوائد الاتفاقية ينتهى سريانها بحلول اجل الدين ولاتستحق الفوائد التاخيرية الا من يوم الاعذار (المطالبة القضائية فى مصر) (بلانيول وريبير ١١ فقرة ١١٦٣ — فقرة ١١٦٤ — دى باج ٣ فقرة ١٤٣) . على انه يلاحظ ، من الناحية العملية ، أن هذا الخلاف لا محل له. ذلك ان المقرض اذا اشترط سعرا للفائدة ، فهو فى الوقت ذاته قد اشترط — ما لم يظهر عكس ذلك فى وضوح — ان يكون هذا السعر الاتفاقى هو ايضا سعر الفوائد التأخيرية وانه يسرى من وقت حلول اجل القرض لا من وقت المطالبة القضائية ولا من وقت الاعذار .

(٢) على انه يمكن ، وفى شىء من التحوير ، أن نتصور فوائد تعويضية عن مبلغ من النقود لايكون مصدره العقد فى الفرض الاتى : يلتزم المالك بان يرد للحائز ما انفقه من المصروفات طبقا لقواعد قررتها المادتان ٩٨٠ — ٩٨١ مدنى ، وهذا الالتزام مصدره غير العقد . ثم تنص المادة ٩٨٢ على انه « يجوز للقاضى ، بناء على طلب المالك ،ان يقرر ما يراه مناسبا للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها فى المادتين السابقتين . وله ان يقضى بان يكون الوفاء على اقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة . وللمالك ان يتحلل من هذا الالتزام اذا هو عجل مبلغا يوازى قيمة هذه الاقساط مخصوما منها فوائدها بالسعر القانونى لغاية مواعيد استحقاقها » . وهذا النص ، اذا فسر على انه تأجيل لاستحقاق الدين حكم به القاضى ، فان القاضى يكون قد لاحظ فى ذلك ان يضيف للمصروفات فوائد تعويضية — بالسعر القانونى — حتى اذا راى المالك ان يعجل الدفع خصم هذه الفوائد كما يقضى النص بذلك . فهنا استحقت فوائد تعويضية عن مبلغ من النقود مصدره غير العقد .

٥١٠ — شرط استحقاق الفوائد التعويضية — الاتفاق مع المدين :
والفوائد التعويضية ، على النحو الذى قدمناه ، لاتستحق الا باتفاق يتم بين الدائن والمدين • فالمقترض لا يدفع فوائد تعويضية عن مبلغ القرض الا اذا اتفق على ذلك مع الدائن ، وقد نصت المادة ٥٤٢ مدنى على ما يأتى : « على المقترض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها ، فاذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد اعتبر القرض بغير أجر » • والمشترى لا يدفع فوائد تعويضية عن الثمن المؤجل الا اذا اتفق على ذلك مع البائع (١) •

فاتفاق الدائن مع المدين هو الشرط فى استحقاق الفوائد التعويضية • وهذا الاتفاق ذاته يحدد أيضا سعر هذه الفوائد ، على ألا تجاوز الحد الأقصى الذى قرره القانون والذى سيأتى بيانه • وترى من ذلك أن الفوائد التعويضية لا يمكن أن تكون الا بسعر

= وهناك فرض آخر نصت عليه المادة ١٨٣ مدنى • فقد قضت بأنه « ١ — يصح كذلك استرداد غير المستحق اذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلا قيام الأجل . ٢ — على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفادة بسبب الوفاء المعجل فى حدود ما لحق المدين من ضرر . فاذا كان الالتزام الذى لم يحل أجله نقودا ، التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانونى أو الاتفاقى عن المدة الباقية لحلول الاجل » . فهنا التزم الدائن الذى عجل له الوفاء بحقه أن يدفع للمدين الذى عجل الوفاء فوائد تعويضية عن المبلغ الذى عجل الوفاء به ، والمصدر الذى التزم به الدائن ليس هو العقد .

ولاشك أن فيما تدمناه تحويرا للفوائد التعويضية يدل على مبلغ الصعوبة فى تحقيق فرض تستحق فيه هذه الفوائد عن مبلغ من النقود لا يكون مصدره العقد . ويلاحظ انه اذا استقام هذان الفرضان ، أمكن أن يكون للفوائد التعويضية سعر قانونى ، مع أن هذه الفوائد لاتكون الا بالسعر الاتفاقى كما سنرى .

(١) أما ما قررته المادة ٤٥٨ مدنى من أن للبائع الحق فى الفوائد القانونية عن الثمن اذا اعذر المشترى أو اذا سلم الشىء المبيع وكان هذا الشىء قابلا أن ينتج ثمرات أو ايرادات أخرى ، فيقصد به حق البائع فى استيفاء فوائد تأخيرية عن ثمن حل ميعاد الوفاء به .

اتفاقى ، وليس لها سعر قانونى . أما الفوائد التأخيرية فقد رأينا أن سعرها قد يكون سعرا قانونيا وقد يكون سعرا اتفاقيا (١) .

الفرع الثانى
مقدار الفوائد كما حددها القانون

٥١١ — سعر الفائدة وجواز التخفيض والزيادة : يتدخل القانون ، كما مر القول ، فيحدد الفائدة : السعر القانونى والحد الأقصى للسعر الاتفاقى .

وقد أجاز التقنين المدنى الجديد — كراهية منه فى الربا — النزول عن الحدود المقررة فى حالات معينة ، ولكنه أجاز من ناحية أخرى ، وفى حالات معينة أيضا ، الزيادة على هذه الحدود .

فنستعرض : (أولا) سعر الفائدة (ثانيا) جواز النزول عن الحدود المقررة وجواز الزيادة عليها .

المبحث الأول
سعر الفائدة

٥١٢ — سعر الفوائد التأخيرية : رأينا أن سعر الفائدة القانونية اما أن يكون سعرا قانونيا واما أن يكون سعرا اتفاقيا .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : « كان من اثر الاشفاق من معاطب الربا أن عهد التشريع فى اكثر الدول ، لا الى تحديد سعر الفوائد التى تستحق عن التأخير فى الوفاء فحسب ، بل وكذلك الى تحديد هذا السعر بالنسبة لسائر ضروب الفوائد . فالأولى ، اتفاقية كانت أو قانونية ، تفترض حلول أجل الوفاء بالدين ، وترصد على تعويض الضرر الناشىء عن التأخير فى هذا الوفاء . أما الثانية فتفترض أن الدين لم يحل ، وأن الفوائد وهى اتفاقية دائما قد اشترطت كمقابل فى معاوضة من المعاوضات . فليس لفائدة راس المال الا سعر واحد هو سعر الاتفاقى ، فى حين أن فوائد التأخر لها سعران : أحدهما اتفاقى والآخر قانونى (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٢ — ص ٥٨٣) .

فالسعر القانونى فى المسائل المدنية هو ٤٪ ، وفى المسائل التجارية هو ٥٪ ، وبهذا قضت المادة ٢٢٦ مدنى على ما سلف بيانه . وقد كان السعر القانونى فى عهد التقنين المدنى السابق ، طبقا للمرسوم بقانون الصادر فى ١٩ من شهر مارس سنة ١٩٣٨ ، هو ٥٪ فى المسائل المدنية و ٦٪ فى المسائل التجارية . فخفض التقنين المدنى الجديد السعر القانونى فى الحالتين ، بمقدار ١٪ (١) ، ويبرر ذلك « ما أسفرت عنه الظروف الاقتصادية » من وجوب تخفيض كل من السعر القانونى والسعر الاتفاقى ، كما تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى (٢) . والعبرة بالمدين فى التمييز بين المسائل المدنية التى يكون

---

(١) وقد تقدم أن السعر القانونى فى التقنين المدنى السابق كان فى مبدأ الامر ٧٪ فى المسائل المدنية و ٩٪ فى المسائل التجارية . ثم خفض هذا السعر المرتفع الى ٥٪ و ٧٪ بالامر العالى الصادر فى ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ . ثم خفض السعر فى المسائل التجارية الى ٦٪ بالمرسوم بقانون الصادر فى ١٩ من شهر مارس سنة ١٩٣٨ (انظر آنفا فقرة ٥٠٢ فى الهامش)

أما فى فرنسا ، فقد جعل قانون ٣ ديسمبر سنة ١٨٠٧ السعر القانونى ٥٪ فى المسائل المدنية و ٦٪ فى المسائل التجارية ، ثم خفض هذا السعر الى ٤٪ و ٥٪ بقانون ٧ ابريل سنة ١٩٠٠ ، ثم أعيد الى ٥٪ و ٦٪ بقانون ١٨ ابريل سنة ١٩١٨ ، ثم رجع الى ٤٪ و ٥٪ بمرسوم بقانون فى ٨ أغسطس سنة ١٩٣٥ . والسعر القانونى فى الجزائر هو ٥٪ فى كل من المسائل المدنية والمسائل التجارية (انظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٨ ص ٢٠٩ — ويرى هؤلاء الفقهاء أن الأولى هو أن يجعل السعر القانونى تابعا لسعر الخصم taux de l'escompte فى بنك فرنسا : جزء ٧ فقرة ٨٧٨ ص ٢١٠) .

(٢) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٣ . وقد جاء فيها ، (وقد كان فى الوسع ترك أمر تحديد سعر الفوائد لتشريع خاص ، على غرار ما فعلت بعض التقنينات الأجنبية . بيد انه رؤى من الانسب ان يبقى المشروع على تقاليد البلاد التشريعية ، وقد استقرت من عهد غير قريب على ايكال هذا التحديد الى نصوص التقنين المدنى ذاته . ولعل هذا الوضع أدنى الى تيسير التعجيل باجراء التخفيض الذى تقدمت اليه الاشارة ، ولا سيما بعد أن الحت على البلاد دواعيه) (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٣ — ص ٥٨٤) .

سعرها ٤٪ والمسائل التجارية التى يكون سعرها ٥٪ فاذا كان المدين غير تاجر ، فالفائدة تحسب بالسعر القانونى فى المسائل المدنية — ٤٪ — حتى لو كان الدائن تاجرا والعملية تجارية (١) . ويلاحظ أن السعر القانونى الجديد ، وهو السعر المخفض ، يسرى من وقت نفاذ التقنين المدنى الجديد ، أى من يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ . فالفوائد القانونية المستحقة ابتداء من هذا التاريخ على مبالغ من النقود تحسب بسعر ٤٪ فى المسائل المدنية و ٥٪ فى المسائل التجارية ، حتى لو نشأت الديون عن عقود أبرمت أو وقائع حدثت قبل هذا التاريخ (٢) .

أما السعر الاتفاقى للفوائد التأخيرية فيجب ألا يزيد على ٧٪ ، وقد يكون أقل من ذلك ، بل قد يكون أقل من السعر القانونى ، حسب الاتفاق الذى يتم بين الدائن والمدين (٣) . وهذا الحد الأقصى للسعر الاتفاقى قررته المادة ٢٢٧ الفقرة الأولى على ما رأينا ، وتستوى فيه المسائل المدنية والمسائل التجارية . وقد كان السعر الاتفاقى فى عهد التقنين المدنى السابق ، بمقتضى المرسوم بقانون الصادر فى ١٩ من

---

(١) استئناف مصر ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ١٠٨ ص ٢٩٩ .

(٢) وهذا هو نفس ما قررته المذكرة الايضاحية للمرسوم بقانون الصادر فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ عندما خفض هذا المرسوم بقانون السعر القانونى فى المسائل التجارية من ٧٪ الى ٦٪ — انظر ايضا بودرى وبارد ١ فقرة ٩٩٦ مكررة — روبييه فى تنازع القوانين بالنسبة الى الزمان جزء ٢ سنة ١٩٣٣ فقرة ٧٨ وفقرة ٨٧ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بانه اذا كان المبلغ المطالب بالفوائد عنه هو تعويض اتفاقى نص فى العقد على استحقاقه عند تأخر البائع فى تسليم اى كمية من الاقطان المبيعة دون ان يحدد الاتفاق سعرا معينا للفائدة عنه أو مبدأ لسريانها فان الحكم المطعون فيه اذ قضى بالفائدة القانونية عن هذا المبلغ بسعر ٤٪ من تاريخ المطالبة القضائية يكون قد أعمل نص المادة ٢٢٦ من القانون المدنى ولم يخالف القانون أو يخرج عن نصوص العقد .. (نقض مدنى فى ٢٧ من ديسمبر سنة ١٩٦٢ — مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ رقم ١٩٦ ص ١٢٤٦) .

شهر مارس سنة ١٩٣٨ ، هو ٨٪ يجوز تخفيضه بمرسوم الى ٧٪ ، ولكنه لم يخفض بعد صدور التقنين المدنى الجديد فتولى هذا التخفيض (١) . ويلاحظ أن السعر الاتفاقى الجديد ، وهو السعر المخفض ، يسرى هو أيضا من وقت سريان التقنين المدنى الجديد ، حتى بالنسبة الى العقود التى أبرمت قبل هذا الوقت ، لأن سعر الفائدة يعتبر من النظام العام . فاذا اتفق الدائن والمدين ، قبل يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، على أن تكون سعر الفوائد التأخيرية هى ٨٪ وفقا للمرسوم بقانون الصادر فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ ، وبقيت هذه الفوائد التأخيرية سارية الى ما بعد نفاذ التقنين الجديد ،

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى : (وقد جعل المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٣٨ ، المعدل لاحكام المادتين ١٢٤ — ١٢٥ /١٨٢ — ١٨٥ من التقنين الحالى السابق) ، الحد الاقصى لسعر الفوائد الاتفاقية ٨٪ مع جواز تخفيضه الى ٧٪ بمقتضى مرسوم . على ان المشروع آثر أن يحقق هذا التخفيض فور الوقت ازاء ما اسفرت عنه الظروف الاقتصادية ، فجعل الحد الاقصى للسعر ٧٪) (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٣) . وقد قدمنا أن السعر الاتفاقى فى التقنين المدنى السابق كان فى مبدأ الامر ١٢٪ ، ثم خفض الى ٩٪ بالامر العالى الصادر فى ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ ، ثم الى٨٪ يجوز تخفيضها الى ٧٪ بالمرسوم بقانون الصادر فى ١٩ مارس ١٩٣٨ .

أما فى فرنسا ، فقد جعل قانون ٣ سبتمبر سنة ١٨٠٧ السعر الاتفاقى كالسعر القانونى ٥٪ فى المسائل المدنية و ٦٪ فى المسائل التجارية . وقد الغى قانون ١٢ يناير سنة ١٨٨٦ الحد الاقصى للسعر الاتفاقى فى المسائل التجارية .. ثم الغى قانون ١٨ ابريل سنة ١٩١٨ الحد الاقصى للسعر الاتفاقى فى المسائل المدنية الغاء مؤقتا ، مع جواز العودة الى حد اقصى بمقتضى مرسوم . على أن المرسومين بقانون الصادرين فى ٨ أغسطس و ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٥ وضعا عقوبة جنائية على الاقراض بالربا الفاحش ويكون الربا فاحشا اذا زادت الفوائد على المعتاد تقاضيه ، فى المعاملات المماثلة فى مخاطرها (même risques) ، باكثر من النصف ، وفى هذه الحلة تخفض الفوائد الى السعر المعتاد تقاضيه ، ويخصم ما دفع زائدا من الفوائد بالسعر المعتاد ثم من راس المال ، فاذا كان الدين قد انقضى مع فوائده ، رد الى المدين ما دفعه زائدا بعد ذلك مع فوائده من يوم الدفع . (أنظر بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٥٨٨ ص ٤٢٧ — بلا نيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٨٢) .

فانها تحسب بسعر ٨٪ الى يوم ١٤ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ثم تحسب ابتداء من يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ بسعر ٧٪ ، وفقا لأحكام التقنين الجديد (١) .

٥١٣ — سعر الفوائد التعويضية : ليس للفوائد التعويضية

---

(١) أنظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٤ . وسنعود اليها فيما يلي : وانظر عكس ذلك روبييه في تنازع القوانين بالنسبة الى الزمان جزء ٢ سنة ١٩٣٣ فقرة ٧٨ وفقرة ٨٧ ، وانظر بنوع خاص انتقادة لفكرة أن التشريع الذي يعتبر من النظام العام يكون له اثر رجعي أو اثر فوري بالنسبة الى العقود القائمة وقت نفاذه اذا كانت هذه العقود قد أبرمت قبل ذلك (فقرة ٨٧) . واغلب الفقه الحديث في فرنسا من رأى الاستاذ روبييه . على انه حتى بفرض التسليم بأن التشريع الذي يعتبر من النظام العام ليس له اثر رجعي أو أثر فوري ، فانه يبقى أن الاستاذ روبييه نفسه يميز بين تشريع يتصل بالمراكز التعاقدية (régime du contrat) وتشريع يتصل بالمراكز القانونية (statut légal) ويجعل للتشريع الذي يتصل بالمراكز القانونية أثرا فوريا . ثم هو يفرق بين السعر القانوني للفائدة والسعر الاتفاقي ، فيجعل الاول متصلا بمركز قانوني ويجعل الثاني متصلا بمركز تعاقدي (أنظر جزء ٢ فقرة ٨٧ ص ١٢٠) .. ولا نرى مبررا لهذه التفرقة ، فكل من السعر القانوني والسعر الاتفاقي يتصل اتصالا مباشرا بمركز قانوني هو نظام الديون (régime des créances) ذلك أن القانون في الاصل لا يجعل الدين منتجا لفوائد ، الا اذا طالب بها الدائن او اتفق عليها مع المدين ، وفي الحالتين يضع القانون حدودا لسعر هذه الفوائد ، وسواء كان هذا السعر قانونا أو كان اتفاقيا فانه يتصل بمركز قانوني نظمه القانون ، ومن ثم يجب أن يكون لاى تشريع يتصل بهذا المركز القانوني اثر فوري .. فاذا قامت اعتبارات تحول دون هذا الاثر الفوري ، وجب أن ينص المشرع على أن التشريع الجديد لايسرى على العقود القائمة وقت نفاذه ، ولا يسرى الا على العقود التي تبرم بعد ذلك ، وهذا ما فعله المرسوم بقانون الصادر في ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ .

وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٢٢٧ من القانون المدني الجديد تقضي بتخفيض الفوائد الاتفاقية الى ٧٪ ولم يستثن هذا النص من تطبيقه الاتفاقات السابقة على صدوره ، ولما كان تعيين الحد الاقصى للفائدة التي يجوز الاتفاق عليها هو مما يتصل بالنظام العام ، فان حكم هذه المادة ينطبق بأثر فوري من تاريخ العمل بالقانون الجديد في ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩ ويسرى السعر المخفض من هذا التاريخ حتى على الاتفاقات السابقة عليه وذلك بالنسبة للفوائد التي تستحق منذ نفاذ ذلك القانون : نقض مدني في ٢٧ من يونية سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ رقم ١٣١ ص ٩٣٦ .

الا سعر واحد هو السعر الاتفاقي ، كما قدمنا . والحد الأقصى للسعر الاتفاقي للفوائد التعويضية هو نفس الحد الأقصى للسعر الاتفاقي للفوائد التأخيرية . وبهذا تقضى ، كما رأينا ، الفقرة الأولى من المادة ٢٢٧ ، اذ تقول : « يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد ، سواء أكان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد ، على ألا يزيد هذا السعر على ٧٪ » . والحالة الأخرى ، غير حالة تأخير الوفاء ، التي تشترط فيها الفوائد هي حالة الفوائد التعويضية ، كما سبق القول . وقد كان الحد الأقصى للسعر الاتفاقي للفوائد التعويضية في عهد التقنين المدني السابق ، وفقا للمرسوم بقانون الصادر في ١٩ من شهر مارس سنة ١٩٣٨ ، هو ٨٪ ، أي نفس الحد الأقصى للسعر الاتفاقي للفوائد التأخيرية ، وقد خفض الى ٧٪ لنفس الأسباب . ويسرى السعر الاتفاقي الجديد ، وهو السعر المخفض ، من وقت سريان التقنين المدني الجديد ، حتى بالنسبة الى العقود التي أبرمت قبل هذا الوقت . فاذا اقترض شخص قبل يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ مبلغا من النقود بسعر ٨٪ ، وكان ميعاد حلول أجل القرض بعد يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فانه يؤدى الفوائد بسعر ٨٪ الى يوم ١٤ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ثم بسعر ٧٪ ابتداء من يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ (١) .

---

(١) وقد كان المرسوم بقانون الصادر في ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ يتضمن حكما مخالفا لهذه القواعد العامة، يقضى بعدم سريان السعر المخفض أو السعر المرفوع على العقود المبرمة قبل تخفيض السعر أو رفعه ، حتى لو كانت هذه العقود تبقى سارية الى ما بعد التخفيض أو الرفع (انظر آنفا فقرة ٥٠٢ في الهامش) ، ومن ثم قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن تخفيض الفوائد الى ٨٪ ليس له اثر رجعي (١٣ يونية سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٢٠) .

وقد طبقت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي القواعد العامة تطبيقا صحيحا اذ تقول : (وبديهي أن اثر هذا التخفيض لا يستند الى الماضي ، فسيظل السعر المقرر بمقتضى النصوص الحالية (السابقة) قائما الى تاريخ العمل بأحكام التقنين الجديد . أما بعد هذا التاريخ فتطبق الاحكام الخاصة بالسعر الجديد، حتى بالنسبة للعقود التي تمت من قبل ، اتفاقية =

• وقد نصت الفقرة الثانية من المـادة ٢٢٧ ، كما رأينـا ، على أن « كل عمـولة أو منفعة ، أيا كان نوعها ، اشـترطها الدائن ، اذا زادت

= كانت الفوائد او قانونية (قارن المذكرة الايضاحية للمرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٣٨) (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٤) .

واخذت محكمة النقض بهذا الحكم ، اذ قضت بأن الدفع بأن سـعر الفائدة المقضى بها يجب الا يزيد على ٧٪ بعد العمل بالقانون المدنى الجـديد وفقا للمادة ٢٢٧ منه متعلق بالنظام العام ، ومن ثم يجوز ابداؤه لاول مـرة أمام محكمة النقض . والحد الاقصى للفائدة التى يجوز الاتفاق عليها قانونا هو من قواعد النظام العام،فيسرى السعر المخفض من تاريخ العمل بالقانون المدنى الجديد القاضى بتخفيضه ، اى ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩،حتى على الاتفاقات السابقة على هذا التاريخ . يؤيد هذا النظر ما ورد فى هـذا الخصوص فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى المشار اليـه . واذن فمتى كان الحكم المطعون فيه قد قضى للمطعون عليها بعد العمل بالقـانون المدنى الجديد بالفائدة بسعرها ٨٪ ابتداء من أول سبتمبر سنة ١٩٤٦ لحين الوفاء ، فان هذا الحكم يكون قد خالف المادة ٢٢٧ من القانون المذكـور فى خصوص المدة اللاحقة للعمل به ، ويتعين نقضه ، وتخفيض سعـر الفائدة الى ٧٪ ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ حتى تمام الوفاء (نقض مدنى ٢١ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٦١ ص ١٢٠٨) . انظـر عكس ذلك أصول القانون للاستاذ أحمد حشمت أبو ستيت والمؤلف سـنة ١٩٤١ ص ١٩٥ ، وقد ميز (ص ١٩٨ — ١٩٩) بين النصوص التى يقصد بها حماية مصلحة عامة كالقانون الذى يعطى للاوراق المصرفية سعرا جبريا والنصوص المعتبرة من النظام العام ولكنها تحمى مصالح خاصة كالقـانون الذى يخفض الحد الاقصى للفائدة فلا تؤثر فى العقود التى تمت قبل صدورها . ويذهب الاستاذ سليمان مرقص (موجز المدخل للعلوم القانونية سـنة ١٩٥٣ ص ١٢٤ — ص ١٢٥ — المدخل للعلوم القانونية سنة ١٩٥٢ ص ١٦٥ — ص ١٦٦) الى أن العبرة فى سريان النص القاضى بتخفيض السـعر بتاريخ الاتفاق ، (لان الحكمة — كما يقول — من اصل وضـع هذه المادة وما كان يقابلها فى التقنين الملغى انما هى منع استغلال الدائن حاجة المدين وضعفه وقت التعاقد ، لا التخفيف عن عاتق المدينين الذين سبق أن التزموا بفوائد . ويظهر ذلك جليا من عبارة هذه المادة حيث تقول انه : يجـوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد .... على الا يزيد هذا السـعر على ٧٪ ، فاذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها الى ٧٪،وتعين رد ما دفع زائدا على هذا المقدار — ولو قصد الشارع غير ذلك، لعبر عنه كما عبر فى المادة ٢٣٢ بقوله : لا يجوز تقاضى فوائد على متجمـد الفوائد ، ولا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها =

هى والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره ، تعتبر فائدة مستترة ، وتكـون قابلة للتخفيض ، اذا ما ثبت أن هـذه العمـولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعـة مشروعة » • وهذا النص مأخوذ من المرسوم بقانون الصادر فى ١٩ من مارس سنة ١٩٣٨ ، وقد أضـافته لجنة المراجعة فقـرة ثانية للمـادة ٢٢٧ • ولا يختلف النص الجديد غن أصله الا فى أمرين : ١ — وقـع تحريف لفظى فى النقل عن الأصل ، فقد ورد فى آخر النص الجـديد عبارة « ولا منفعة مشروعة » ، وصحتها : « ولا نفقة مشروعـة » • كما ورد فى الأصل ، وبذلك يستقيم المعنى • ٢ — عين المرسوم بقانون من يحمل عبء اثبات أن العمولة أو المنفعة هى فائدة مستترة فجعله المدين ، أما فى التقنين المدنى الجـديد فقـد استبدلت عبـارة « اذا ما ثبت أن ••• » بعبارة « اذا ما ثبت المدين أن ••• » ، وبذلك يكون تعيين من يحمل عبء الاثبات خاضعا للقواعد العامة (١) • ويبدو أن القواعد العامة لا تختلف عما كان المرسوم بقانون يقضى به ، فعبء الاثبات يحمله المدين وعليه أن يثبت أن العمولة أو المنفعة لا تقابلهـا خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا نفقة مشروعة يكون الدائن قد صرفها ، لأن المدين انما يطعن بالصورية فيما اتفق عليـه مع الدائن ،

= الدائن أكثر من رأس المال •• واذن فالذى يتعلق بالنظام العام فى هـذا النص هو منع حصول الاتفاق على فوائد أزيد من السعر المقرر ، فلا يسرى ذلك الا على العقود التى يحصل الاتفاق عليها بعد صدور تلك القوانين) — ولا نحسب أن المشرع قصد المغايرة فى الحكم بين عدم جواز الاتفاق عـلى سعر يزيد على ٧٪ وعدم جواز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، لمجـرد أنه استعمل تعبيرين مختلفين ، فقال فى الحالة الاولى (فاذا اتفقا •••) وقال فى الحالة الثانية (لا يجوز تقاضى •••) • ففى الحالتين أراد المشرع الا يجيز تقاضى فوائد بسعر يزيد على ٧٪ والا يجيز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد • والنصـان — بهذا المعنى — حكمهما واحد من حيث اتصالهما بالنظام العـام •

(١) أنظر تاريخ نص المادة ٢٢٧ آنفا فقرة ٥٠٢ فى الهامش — وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٦ •

ويتمسك بأن حقيقة العمولة أو المنفعة هى فوائد ربوية ، فهو الذى يحمل عبء الاثبات (١) ، ولكن له أن يثبت ذلك بجميع الطرق ، ولو بالبينة والقرائن ، وفقا للقواعد العامة فى الاثبات (٢) .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان مؤدى الحكم المطعون فيه هو أن العمولة والمصاريف التى اقتضتها الشركة المطعون عليها من الطاعن كانت مقابل خدمات حقيقية ومشروعة قامت بها تنفيذا لعقود الاتفاق المبرمة بينهما ، ولم تكن فوائد ربوية مستترة ، فانه يكون فى غير محله النعى على هذا الحكم بأنه اجاز الاتفاق على فوائد ربوية مخالفة للقانون (نقض مدنى ٢١ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٦٢ ص ١٠٣٧) ... وليس الحكم صريحا فى تحميل المدين أو الدائن عبء الاثبات .

وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد نص الفقرة الثانية من المادة ٢٢٧ من القانون المدنى ان القانون لا يحظر على الدائن ان يجمع بين تقاضى العمولة والفائدة المتفق عليها ، ولو زاد مجموعهما عن الحد الاقصى المقرر قانونا للفائدة الا اذا كانت العمولة المشتركة لا تقابها خدمة حقيقية يكون الدائن قد اداها ، واذا كان الحكم قد انتهى الى ان العمولة التى اقتضاها البنك المطعون ضده من الطاعن الاول كانت مقابل خدمات حقيقية ومشروعة قام بها تنفيذا لعقد التفويض بالبيع المبرم بينهما ولم تكن فوائد ربوية مستترة ، فان ماينعاه الطاعنان فى هذا الصدد يكون على غير اساس: نقض مدنى فى ١٤ يونيو سنة ١٩٧٦ مجموعة احكام النقض السنة ٢٧ رقم ٢٥٦ ص ١٣٤٥ .

(٢) هذا وقد صدر مرسوم بقانون آخر (رقم ٢٢) فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ ، لا يزال معمولا به حتى اليوم ، بشأن سير البيوتات المالية المشتغلة بتسليف النقود على رهونات . وهو يقضى بأنه (لا يجوز أن يزيد مقدار الفائدة السنوية على الحد المقرر للفائدة التى يجوز الاتفاق عليها والمبين بالمادة ١٨٥ من القانون المدنى المختلط والمادة ١٢٠ من القانون المدنى الأهلى . ويجوز فضلا عن ذلك تحصيل عوائد تثمين وقياس وتخزين ، ولا يجوز أن يزيد مقدار هذه العوائد على ٤٪ اذا كانت السلعة اقل من ٢٥٠ قرشا ولا على ٣,٥٪ اذا زادت على ذلك . ويكون تحصيل هذه الرسوم باعتبار سنة كاملة مهما كانت مدة السلفة . ولا تسرى احكام هذا المرسوم بقانون على القروض المعقودة قبل تاريخ العمل به — وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الخصوص ما يأتى : (ويلاحظ ان نص المشروع فى هذا الشأن لا يمس أحكام المرسوم بقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٣٨ المعدل للامر العالى الصادر فى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٠ بشأن سير البيوتات المالية المشتغلة بتسليف النقود على رهونات ، فيما يتعلق بتخويل هذه البيوتات حق اقتضاء فائدة اضافية فى مقابل نفقات التثمين والقياس والتخزين) (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٣) .

٥١٤ — جزاء مجاوزة سعر الفائدة : وقد قضت العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٢٢٧ مدنى بأنه اذا اتفق الدائن والمدين على فوائد تأخيرية أو تعويضية تزيد على الحد الأقصى للسعر الاتفاقى ، وللمدين الذى يريد أن يسترد الزيادة أن يقيم الدليل على الربا الفاحش بجميع طرق الاثبات (١) .

= وقد تجتمع عمليتان فى عقد واحد ، فيزيد مجموع ما اشترط فيهما على السعر المسموح به قانونا ، ومع ذلك يكون كل من العمليتين صحيحا لاستقلال كل عملية عن الاخرى ، ولعدم مخالفة القانون فى اى منهما . وقد قضت محكمة استئناف مصر فى هذا المعنى بأن عمليتى القرض والتعهد بعمل شىء وهو توريد اقطان بشروط معينة هما عمليتان مستقلتان احداهما عن الاخرى ، جائزتان قانونا ، ولايضيرهما حصولهما بعقد واحد ، ولا محل للقول بأنه اذا أضيفت الغرامة المشترطة فى حالة عدم القيام بالوفاء بالتعهد بالتوريد الى فائدة عملية القرض الاولى جاوزت الفائدة المقدار المسموح به قانونا ، لان التعويض المتفق عليه بعقد التوريد هو نظير ما يفوت المتعهد له (البنك) من المنفعة بسبب عدم توريد الاقطان ، لانها اذا وردت نشأت عنها عملية اخرى هى اعتماد بحساب جار بتأمين هذه الاقطان يلتزم به البنك قبل العميل أن يقرضه قرضا جديدا ، والبنك امام هذا الإلتزام يرصد من أمواله مبلغا موازيا بنسبة معينة من قيمة البضائع انتظارا للقيام بهذا التعهد ، فاخلال العملاء بالتوريد يفوت على البنك الانتفاع باستخدام ماله واستغلال شونه (استئناف مصر ٢٠ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٢٥ ص ١٠٣٥) .

(١) وقد قضى بأنه لما كان الربا الفاحش مخالفا النظام العام ، جاز ان يثبت بكل طرق الاثبات ، بما فى ذلك البينة والقرائن (استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٧٨ — طنطا الجزئية ٢٦ فبراير سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٤ ص ٢١٥) ، ومتى ثبت أن هناك ربا فاحشا ، انتقل عبء الاثبات الى الدائن ، وعليه أن يثبت المقدار الحقيقى للقرض (استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٨٥) . وتبحث المحاكم فيما اذا كانت العقود تشتمل على ربا فاحش ، وذلك كيفما كانت ماهية هذه العقود وشكلها (استئناف أهلى ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١٥٤) . فاذا اتضح لها أن عقد قرض بفوائد فاحشة سمى بيعا بقصد اخفاء الربا ، وجب عليها اعتبار العقد بحسب حقيقته وتنزيل الفوائد الزائدة المضافة اليه (رشيد ١٥ يناير سنة ١٩١٨ الشرائع ٤ ص ٢٧٨) واذا قبض المؤجر من المستأجر مبلغا من المال وقت تحرير عقد الاجارة على أن يؤجر له الاطيان بأجرة هى دون القيمة ، وثبت للمحكمة ان عقد الإيجار ما هو فى الحقيقة الا عقد تأمين على قرض ، وان الفرق بين الاجرة المتفق =

والتخفيض الى الحد المقرر فى القانون لا يقتصر على السعر الاتفاقي ، بل يتناول أيضا على سبيل القياس السعر القانونى . فاذا دفع المدين للدائن فوائد قانونية بسعر يزيد على ٤ أو ٥٪ ، فان الفوائد تخفض الى هذا السعر ، ويسترد المدين ما دفعه زائدا . ويندر أن تقع الزيادة فى السعر القانونى ، والغالب أنهما تقع فى السعر الاتفاقي ، ولذلك ورد النص فى هذا السعر الأخير .

وقد كان تخفيض السعر الى الحد المقرر قانونا هو أيضا جزاء مجاوزة سعر الفائدة فى عهد التقنين المدنى السابق . أما رد ما دفع زائدا فقد كان مختلفا فيه (١) ، فحسم التقنين المدنى الجديد هذا

= عليها وما تساويه العين المؤجرة هو ربا فاحش للمبلغ المقترض ، جاز للمحكمة أن تلغى الاجارة وتلزم المستأجر برد العين المؤجرة ودفع أجره تقدرها عن مدة وضع يده عليها ، وتقضى على المؤجر برد المبلغ الذى تسلمه عند تحرير العقد مع فوائده بواقع ٩٪ (استئناف أهلى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٨ المحاماة ٦ ص ٨٥٧) . انظر أيضا ربا فاحشا فى صورة عمولة (استئناف أهلى أول ديسمبر سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ ص ٢٢٤) وفى صورة رهن (استئناف أهلى ٢٣ مايو سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ ص ٢٢٤) ، وفى صورة غاروقة (أسيوط ٧ مارس سنة ١٩١١ الرسمية ١٢ ص ١٦٣) . انظر أمثلة أخرى لعقود تخفى ربا فاحشا فى القضاء المختلط استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٨٧ — ١٥ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٣٧ — ٢٢ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٠٤) . وانظر فى وجوب عدم الاقتصار على احتمال مظنة الربا الفاحش ، بل يجب فى هذه الحالة أن تحيل المحكمة الدعوى على التحقيق ليثبت المدين أن هناك ربا فاحشا : نقض مدنى ١٢ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٩٨ ص ٦٤٦ ، وقد سبقت الاشارة الى هذا الحكم فى قسم الاثبات .

(١) فمن الأحكام ما كان يقضى بعدم جواز استرداد ما دفع زائدا عن اختيار : استئناف أهلى ١٦ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٦٦ ص ١١١ — استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٨ — ١٢ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٤٣ — ٥ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٥١) .

ومن الأحكام ما كان يقضى بجواز استرداد ما دفع زائدا ولو كان الدفع عن اختيار : استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٧٨ — مصر استئنافى ٩ مارس سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٢١٧ — طنطا ٢٠ أكتوبر سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ ص ١٠٧ . انظر أيضا فى عدم جواز الاسترداد الفقرة الثانية من المادة ٧٦٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى .

الخلاف اذ نص صراحة على وجوب الرد • ونرى أن نص التقنين المدنى التقنين المدنى فى هذه المسألة هو نص تفسيرى ، ومن ثم يطبق على ما دفع من الفوائد زائدا على الحد المقرر حتى لو كان ذلك قبل يوم ١٥ من شهر أكتوبر ١٩٤٩ ، فيجب على الدائن رده •

ويتقادم الالتزام بالرد بمضى ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة وفقا لأحكام المادة ١٨٧ مدنى ، لأن هذا الالتزام مصدره دفع غير المستحق •

المبحث الثانى

جواز النزول عن الحدود المقررة وجواز الزيادة عليها

٥١٥ — فرضان : قرر القانون سعر الفائدة ، القانونى والاتفاقى ، فى الفوائد التأخيرية وفى الفوائد التعويضية ، على النحو الذى بسطناه • ولكن هناك أحوالا ، نص عليها القانون ، يجوز النزول فيها عن هذه الحدود المقررة • كما أن هناك أحوالا ، على النقيض من ذلك ، تجوز فيها الزيادة على هذا الحدود •

ونتناول بالبحث كلا من هذين الفرضين •

المطلب الأول

جواز النزول عن الحدود المقررة

٥١٦ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٢٩ من التقنين المدنى على يأتى :

« اذا تسبب الدائن ، بسوء نية ، وهو يطالب بحقه ، فى اطالة أمد النزاع ، فللقاضى أن يخفض الفوائد ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أو لا يقضى بها اطلاقا ، عن المدة طال فيها النزاع بلا مبرر » •

وتنص المادة ٢٣٠ على ما يأتي :

« عند توزيع ثمن الشيء الذى بيع جبرا لا يكون الدائنون المقبولون فى التوزيع مستحقين بعد رسو المزاد لفوائد تأخير عن الأنصبة التى تقررت لهم فى هذا التوزيع الا اذا كان الراسى عليه المزاد ملزما بدفع فوائد الثمن ، أو كانت خزانة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد بسبب ايداع الثمن فيها ، على ألا يتجاوز ما يتقاضاه الدائنون من فوائد فى هذه الحالة ما هو مستحق منها قبل الراسى عليه المزاد أو خزانة المحكمة . وهذه الفوائد تقسم بين الدائنين جميعا قسمة غرماء » .

وتنص المادة ٢٣٢ على ما يأتي :

« لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، ولا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، وذلك دون اخلال بالقواعد والعادات التجارية » (١) .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٢٩ : ورد هذا النص فى المادة ٣٠٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « اذا تسبب الدائن ، وهو يطالب بحقه ، فى اطالة أمد النزاع بخطأه ، فللقاضى أن يخفض الفوائد ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أولا يقضى بها اطلاقا ، عن المدة التى طال فيها النزاع بلا مبرر » . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٣٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ ذكر أن هذه المادة تعالج حالة الدائن سيىء النية الذى يتعمد اطالة أمد النزاع كى تستمر الفوائد فى سريانها ، وقد أثبت العمل أنه كثيرا ما يلجأ الدائن الى انكار الامضاء أو الى الدفوع أو رد القاضى . ورأت اللجنة أن تدخل عبارة « بسوء نية » بدلا من كلمة « بخطأه » لأن فكرة الخطأ قد تتسع لفروض لا يحسن فيها توقيع هذا الجزاء ، ولهذا آثرت اللجنة أن يكون الجزاء قاصرا على حالة سوء النية وحدها ، وأصبحت المادة رقمها ٢٢٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٨ — ص ٥٨٩) .

م ٢٣٠ : ورد هذا النص فى المادة ٣٠٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد ، فيما عدا عبارة « دون =

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المــدنى الســابق المــادة ١٢٦/١٨٦ (١) .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى . فى التقنين المــدنى السورى المواد ٢٣٠ — ٢٣١ و ٢٣٣ ، وفى التقنين المــدنى العــراقى المادتين ١٧٣ فقرة ٣ و ١٧٤ ، وفى التقنين المدنى الليبى المواد ٢٣٢ — ٢٣٣ و ٢٣٥ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المــادة ٧٦٨ (١) ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى الكويتى ولا فى التقنين المدنى الاردنى .

= تمييز بين دائن مضمون حقه ودائن لا ضمان له » الواردة فى آخر نص المشروع التمهيدى . واقرت لجنة المراجعة النص ، واصبح رقمه ٢٣٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « دون تمييز ... الخ » لأن قسمة الفوائد بين الدائنين جميعا قسمة غرماء تفيد معنى هذه العبارة ، واصبح رقم النص ٢٣٠ . ووافق مجلس الشيوخ عليه كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٠ — ص ٥١٢) .

م ٢٣٢ : ورد هذا النص فى المادة ٣١٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — الفوائد على متجمد الفوائد لا تكون مستحقة الا اذا طولب بها قضائيا أو تم الاتفاق عليها بعد استحقاق الفوائد المتجمدة ، على أن يبلغ المتجمد فى الحالتين فوائد سنة على الاقل ، وهذا دون اخــلال بالقواعد والعادات التجارية . ٢ — أما الاستحقاقات الدورية غير الفوائد فتعتبر رؤوس أموال من حيث استحقاق الفوائد عنها » . واقرته لجنــة المراجعة تحت رقم ٢٣٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب. وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدل بالمادة بفقرتيها النص الذى اســتقر فى التقنين الجديد ، وقد راعت اللجنة فى ذلك الا تتكرر الفوائد بتقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، وان من مصلحة ان يحال بين الدائن وبين اســتغلال المدين باقتضاء فوائد تجاوز مقدار الدين نفســه ، ويحسب الدائن أن يكون قد اقتضى فوائد تعادل رأس ماله ، وقد أخذت بهذا الحكم دول أخرى منها سورية والعراق . وأصبحت المادة رقمها ٢٣٢ . ووافق مجلس الشيوخ عليها كما وضعتها لجنته (مجمــوعة الأعمال التحضــيرية ٢ ص ٥٩٦ — ٥٩٧) .

(١) وقد كانت المادة ١٢٦/١٨٦ من التقنين المدنى السابق تجرى على الوجه الآتى : « لا يجوز أخذ ولا طلب فوائد على متجمد الفوائد الا اذا كان مستحقا عن سنة كاملة » .

(١) التقنينات المدنية للعربية الأخرى : التقنين المدنى الســورى م ٢٣٠ — ٢٣١ و ٢٣٣ (مطابقة للمواد ٢٢٩ — ٢٣٠ و ٢٣٢ من التقنين =

ويتبين من هذه النصوص أن هناك حالات أربعا يجوز فيها النزول عن الحدود المقررة : ١ — تسبب الدائن بسوء نية فى أطالة أمد النزاع • ٢ — الفوائد التأخيرية بعد رسو المزاد • ٣ — زيادة مجموع الفوائد على رأس المال • ٤ — الفوائد على متجمد الفوائد ، أى الربح المركب (anatocisme). • ونتناول على التعاقب كلا من هذه الحالات •

٥١٧ — **تسبب الدائن بسوء نية فى اطالة أمد النزاع :** لم يستحدث التقنين الجديد هذا الحكم استحداثا تاما ، فقد كان القضاء المصرى يسير على مقتضاه • وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وقديما فطنت محكمة الاستئناف الأهلية الى هذا التطبيق •• فهو من هذه الوجهة ليس بالجديد كل الجدة بالنسبة للقضاء المصرى » (١) •

= المدنى المصرى ، فيما عدا أن المادة ٢٣١ من التقنين المدنى السورى لا تذكر ما اذا كانت خزانة المحكمة ملزمة بالفوائد بسبب ايداع الثمن فيها) •

التقنين المدنى العراقى م ١٧٣ فقرة ٣ و ١٧٤ (مطابقتان للمادتين ٢٢٩ و ٢٣٢ من التقنين المدنى المصرى فيما عدا أن المادة ١٧٣ فقرة ٣ عراقى تكتفى بخطأ المدين ولا تشترط سوء نيته . ولا مقابل فى التقنين العراقى للمادة ٢٣٠ من التقنين المصرى) •

التقنين المدنى الليبى م ٢٣٢ — ٢٢٣ و ٢٣٥ (مطابقة للمواد ٢٢٩ — ٢٣٠ و ٢٣٢ من التقنين المدنى المصرى) •

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧٦٨ : يجوز أن تؤخذ فائدة عن فوائد رأس المال اما باقامة دعوى ، واما بمقتضى عقد خاص منشأ بعد الاستحقاق • وفى كلا الحالين يشترط أن تكون الفوائد المستحقة عائدة الى مدة لا تقل عن ستة اشهر ، ذلك مع الاحتفاظ بالقواعد والعادات المختصة بالتجارة • (وحكم الربح المركب هنا كحكمه فى التقنين المدنى المصرى السابق وفى التقنين المدنى الفرنسى ، فيما عدا أن المدة التى تتجمد فيها الفوائد هى هنا ستة أشهر بدلا من سنة هناك : انظر الدكتور صبحى المحمصانى فى آثار الألتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٣٣) •

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٤ — وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه يجوز للمحكمة أن ترفض اعطاء الدائن الفوائد القانونية اذا رأت أنه أجرى اجراءات غير لازمة للدعوى ، واتبع طرقا =

والمبدأ الذى يقوم عليه هذا الحكم لا تمكن المنازعة فيه ، فهو مبدأ التعسف فى استعمال الحق . والدائن اذا تسبب بسوء نية فى اطالة أمد النزاع ، فهو انما يتعسف فى المطالبة بحقه وفى استعمال الاجراءات التى وضعها القانون تحت تصرفه للوصول الى هذا الحق . فبدلا من أن يقصد الوصول الى حقه ، يعمد الى اطالة أمد النزاع حتى تتراكم الفوائد على المدين ، فيكون هو الرابح من جراء هذا التعسف . فأراد المشرع أن يرد عليه قصده بحرمانه من هذه الفوائد ، كلها أو بعضها ، عن المدة التى طال فيها النزاع بلا مبرر .

ونرى من ذلك أن تطبيق هذا الحكم يقتضى توافر شرطين :

(الشرط الأول) اطالة الدائن أمد النزاع بلا مبرر . مثل ذلك أن يلجأ الدائن ، بغرض اطالة أمد النزاع ، الى انكار امضائه الموضوع على مخالصة صدرت منه بجزء من حقه ، أو الى الطعن فى هذه المخالصة بالتزوير ، أو الى الاكثار من الدفوع الكيدية ، أو الى رد القضاة وما الى ذلك (١) . وليس من الضرورى أن يرفع الدائن خصومة الى القضاء ، بل يكفى أن يلجأ فى المطالبة بحقه الى اجراءات لا مبرر لها لاطالة أمد النزاع (٢) . مثل ذلك أن يكون سريان الفوائد يكفى فيه اعذار المدين ، فيعذره الدائن حتى تسرى الفوائد ، ثم يقف عند ذلك ، ويرفض قبول الدين دون سبب مشروع عندما يعرضه المدين ، فيضطر المدين الى العرض الحقيقى ، فيعمد الدائن الى اطالة اجراءات هذا العرض ، وهكذا .

= أوجبت الاطالة بلا فائدة (١٠ مارس سنة ١٨٩٦ والحقوق ١١ ص ١٧٥) . ومن ثم يجوز اعتبار نص المادة ٢٢٩ نصا مفسرا اذ هو يقنن أحكام القضاء المصرى ويجرى على مقتضى القواعد العامة ، فيكون له اذن اثر رجعى .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٩ .

(٢) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٤ .

(الشرط الثاني) سوء نية الدائن . وقد كان المشروع التمهيدي للمادة ٢٢٩ مدني لا يتطلب سوء النية ، ويكتفي بالخطأ ، فكان صدر المادة يجري على الوجه الآتي : « اذا تسبب الدائن ، وهو يطالب بحقه ، في اطالة أمد النزاع بخطئه .. » . فلوحظ في لجنة مجلس الشيوخ أن هذا النص لا مقابل له في التشريعات الأجنبية ، وأضافت اللجنة شرط سوء النية ، لأن الاقتصار على مجرد الخطأ يجعل النص يتسع لفروض لا يحسن فيها توقيع هذا الجزاء (١) . فلا يكفي اذن أن يكون الدائن قد أخطأ في اطالة أمد النزاع خطأ عاديا ، بل يجب أن يكون قد تعمد اطالة أمد النزاع حتى تتراكم الفوائد على المدين . فيكون النص اذن تطبيقا واضحا لنظرية التعسف في استعمال الحق . وقد رؤى اشتراط سوء النية لأن النتائج التي يرتبها القانون على عمل الدائن نتائج خطيرة ، اذ يسقط حقه في الفوائد ، فلم يجعل هذه النتائج مرهونة بخطأ يسير من الدائن ، يسهل على المدين دائما أن ينسبه الى الدائن بمجرد أن يطول أمد النزاع . ولا نميل الى القول بأن الخطأ الجسيم هنا يلحق بسوء النية ، لأن النص لا يذكر الا سوء النية ، وأراد من وراء ذلك أن يتشدد حتى لا يهدر حق الدائن في الفوائد الا جزاء وفاقا لسوء نيته ، ومن ثم لا يكفي اثبات الخطأ الجسيم .

هذا والمدين هو الذي يحمل عبء اثبات الشرطين معا : اطالة أمد النزاع بلا مبرر وسوء نية الدائن . ومتى تم له اثبات ذلك ، كان للقاضي أن يخفض الفوائد الى حد معقول ، بل كان له ألا يقضي

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٩ . وانظر آنفا فقرة ٥١٦ في الهامش . وقد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي : « على أن انتفاع المدين بحكم هذه المادة مشروط باقامة الدليل على وقوع خطأ من الدائن ... » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٤) . وواضح أن هذا يتمشى مع نص المشروع التمهيدي الذي كان يقتصر على اشتراط الخطأ ، لا مع النص النهائي الذي يشترط سوء النية .

بها اطلاقا ، وذلك عن المدة التى طال فيها النزاع بلا مبرر ، ولا ينسحب أثر التخفيض أو الاسقاط الا عن هذه المدة (١) • فهناك خطأ مشترك (erreur commune): المدين تأخر فى الوفاء بالتزامه ، والدائن أطال هذا التأخر باطالته أمد النزاع (٢) • والخطأ المشترك من شأنه أن يخفف المسئولية ومظهر التخفيف هو التخفيض من الفوائد ، أو يعدمها اذا وصل خطأ الدائن من جراء سوء نيته الى حد استغراق خطأ المدين ومظهر انعدام المسئولية هو اسقاط الفوائد •

والفوائد التى يخفضها القاضى أو لا يقضى بها اطلاقا ، عن المدة التى طال فيها النزاع بلا مبرر ، قد تكون فوائد قانونية أو فوائد اتفاقية ، وهى دائما فوائد تأخيرية لأن المفروض أن الدين قد حل ويطيل الدائن أمد النزاع فيه حتى تتراكم الفوائد ، فلا يمكن أن تكون هذه الفوائد الا فوائد تأخيرية (٣) •

---

(١) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٤ •

(٢) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٤ •

قارن حكم محكمة النقض اذ قضت بان تقرير الحكم المطعون فيه انه يترتب على تراخى الدائن فى تنفيذ الحكم الصادر لصالحه عدم استحقاقه لفوائد التأخير غير صحيح فى القانون ، ذلك ان التراخى فى التنفيذ لا يكون له اثر فى المدة السابقة على صدور الحكم الابتدائى ولا يمنع من استحقاق الفوائد اذ كان على المدين ان يوفى بالدين أو ان يتمسك بأى سبب من أسباب انقضائه (نقض مدنى فى ١١ من يونية سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ رقم ١٣٠ ص ٨٢٨) •

(٣) ويذهب الدكتور المحمصانى فى كتابه آثار الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى (ص ٣٦) الى انه يجوز أن يطبق فى لبنان حكم تخفيض الفوائد أو اسقاطها لاطالة أمد النزاع بسوء نية ، دون حاجة الى نص فى ذلك ، اذ يقول : « نرى ان ذلك جائز ايضا فى لبنان ، وفاقا للمبادىء العامة ، لا سيما وفاقا لمبدأ سوء استعمال الحقوق المنصوص عليه فى المادة ١٢٤ من قانون الموجبات ، ووفاقا لتطبيقات هذا المبدأ العديدة فى قانون أصول المحاكمات المدنية التى توجب الحكم بتعويض على من يقدم ، عن نية سيئة ، على اقامة اية دعوى أو على المعارضة فى أى طلب ظهرت صحته (م٣١)».

٥١٨ — الفوائد التأخيرية بعد رسو المزاد : هذا الحكم استحدثه التقنين الجديد فى ضوء تجارب الماضى (١) فقد كان المدين ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، بعد رسو المزاد وطوال اجراءات التوزيع ، يبقى ملتزما بدفع الفوائد التأخيرية عن الديون التى تدرج فى قائمة التوزيع • وتطول اجراءات التوزيع عادة ، وقد تستغرق سنوات ، والفوائد التأخيرية تتراكم على المدين وهو لا يد له فى ذلك ولا يملك دفع هذا الأذى عن نفسه • ومن ثم جاء التقنين المدنى الجديد بهذا الحكم المستحدث لدفع المضرة عن المدين •

وتقضى المادة ٢٣٠ — وقد مر ذكرها — بأن الفوائد التأخيرية لا تسرى بسعرها المقرر ، سواء كان السعر القانونى أو السعر الاتفاقى ، الا الى وقت رسو مزاد المال الذى يباشر اجراءات التنفيذ عليه لاستيفاء حقه • ثم تقف هذه الفوائد التأخيرية بالسعر المقرر • ولا تنتج الديون التى ينفذ بها على أموال المدين فوائد تأخيرية بعد رسو المزاد ، الا اذا كان الراسى عليه المزاد ، أو كانت خزانة المحكمة بسبب ايداع الثمن فيها ، يلتزم أحد منهما بدفع فوائد على هذا الثمن ، ولا تتقاضى فوائد التأخير الا فى حدود المستحق من هذه الفوائد فى ذمة الراسى عليه المزاد أو فى ذمة خزانة المحكمة • وبهذا تخفض فوائد التأخير متى كان سعر الفائدة المستحقة قبل الراسى عليه المزاد أو قبل خزانة المحكمة أقل من سعر الفائدة الواجبة على المدين ، وهذا ما يقع فى الكثرة الغالبة من الأحوال • وتوزع هذه

---

(١) نذكر للتاريخ أن صاحب الفكرة فى هذا النص هو القاضى استنويت (stenuit) وكان يعمل فى لجنة تنقيح التقنين المدنى على ما مر • وقد أفضى الينا أن خبرته كقاض فى المحاكم المختلطة دلته على أن الفلاح المدين يحمل غرما فادحا من جراء بطء اجراءات التوزيع ، فقد تطول هذه الاجراءات زمنا طويلا ، ولا ذنب له فى ذلك ، فتتراكم عليه فوائد الديون طوال المدة التى تسير فيها اجراءات التوزيع • فصيغ هذا النص دفعا لهذا العبء عن عاتق المدين •

الفوائد التأخيرية — فى الحدود المتقدمة الذكر — بين الدائنين جميعا قسمة غرماء ، دون تمييز بين دائن أو ذى حق امتياز ودائن عادى .

وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى ختام عبارتها فى هذا الصدد : « وغنى عن البيان أن هذا الحكم يعدل كل العدل بحقوق المدين ، ويكفل له من الحماية ما يؤمنه من بطء اجراءات التنفيذ . ثم انه يحمى الدائنين بعضهم من البعض الآخر ، من طريق تحقيق المساواة بينهم فى توزيع الفوائد المستحقة قبل الراسى عليه المزاد وقبل الخزانة ، اذ تقسم بينهم جميعا قسمة غرماء ، دون تمييز بين دائن مضمون حقه ودائن لا ضمان له » (۱) .

٥١٩ — زيادة مجموع الفوائد على رأس المال : رأينا أن المادة ۲۳۲ مدنى تقضى بأنه لا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقضاها الدائن أكثر من رأس المال ، وذلك دون اخلال بالقواعد والعادات التجارية . وفى هذا النص امعان من جانب التقنين المدنى الجديد فى كراهية الربا ، اذ هو يستحدث قيدا جديدا على الفوائد لم يكن فى التقنين المدنى السابق (۲) ، وليس له نظير فى التقنينات

(۱) مجموعة الأعمال التحضيرية ۲ ص ٥۹۱ — ولما كان هذا الحكم مستحدثا ولكنه يعتبر من النظام العام لانه يتعلق بنظام الفوائد ، فانه يسرى من وقت نفاذ التقنين المدنى الجديد ، أى ابتداء من ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، على الديون التى لم تقفل فيها قوائم التوزيع ، وتسرى الفوائد الأصلية عن المدة السابقة على هذا التاريخ .

ويذكر الدكتور صبحى المحمصانى أن هذا الحكم معمول به فى لبنان دون نص ، فهو يقول : « وعلى الرغم من أن القانون اللبنانى لم ينص على مثل هذا المبدأ صراحة ، فان العمل فى دوائر الاجراء ، لا سيما فى بيروت ، هو موافق له ، اذ أن الفائدة ترصد حتى تاريخ الاحالة القطعية فى البيع الجبرى تمهيدا لاجراء معاملة التوزيع بين الدائنين » (آثار الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ۳۲) .

(۲) وقد قضت محكمة النقض بان القانون المدنى القديم لم يكن يحول دون تقاضى الفوائد اذا تجاوز مجموعها رأس المال ولا تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ما دامت مستحقة لمدة سنة أو تزيد ، الا أن نص المادة ۲۳۲ من =

الغربية . والواقع من الأمر أن المشروع التمهيدى كان خاليا من هـذا النص ، وسار المشروع فى اللجان والهيئات المختلفة حتى وصل الى لجنة مجلس الشيوخ . وفى هذه اللجنة أضيف النص قيدا جديدا على الربا (١) ، واستحدثت اللجنة فى النص ذاته تحريم تقاضى فوائد على متجمد الفوائد قيدا آخر ، وجاوزت فى القيدين أحكام التقنين السابق وأحكام كثير من التقنينات الغربية .

فالقاعدة اذن أن مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن من مدينة لا يصح فى حال أن يزيد على رأس المال . وقد جاء فى تقرير لجنة مجلس الشيوخ فى هذا الصدد أن اللجنة قد راعت « أن من المصلحة أن يحال بين الدائن وبين استغلال الدين باقتضاء فوائد تجاوز مقدار

= القانون المدنى استحدث حكما جديدا مؤداه أن المشرع قد حظر امرين اولهما منع تقاضى فوائد على متجمد الفوائد وثانيهما منع تجاوز الفوائد لراس المال . الا انه اخرج من هذا الحظر ما تقضى به القواعد والعادات التجارية وهذه القواعد لا تسود الا فى نطاق المعاملات التجارية : نقض مدنى فى ٢٧ من يونيه سنة ١٩٦٣ — مجموعة احكام محكمة النقض السنة ١٤ رقم ١٣٢ ص ٩٤٦ — كما قضت بانه ليس فى نصوص القانون المدنى القديم ما يمنع اقتضاء الفوائد القانونية أو الاتفاقية ولو تجاوز مجموعها راس المال ، الا ان المشرع استحدث فى القانون المدنى القائم قاعدة أوردها فى المادة ٢٣٢ التى تنص على انه « لا يجوز فى اية حال ان يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن اكثر من راس المال وذلك دون اخلال بالقواعد والعادات التجارية » . ومقتضى ذلك ان يكون للدائن لغاية يوم ١٥ من اكتوبر سنة ١٩٤٩ تاريخ العمل بالقانون الحالى حق اقتضاء فوائد متى كانت الفائدة المستحقة له قد بلغت ما يعادل راس المال : نقض مدنى فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٧٦ مجموعة احكام النقض السنة ٢٧ رقم ٣٤٠ ص ١٨٥٧ .

(١) ونذكر هنا ايضا للتاريخ انه لما عرض على لجنة مجلس الشيوخ القيود الكثيرة المختلفة التى وضعها التقنين المدنى الجديد على الربا ، ارادت اللجنة الاستزادة منها . فذكرت ما كنت أعلمه من أن العراق وسورية ورثتا عن القوانين العثمانية قاعدة تقضى بانه لا يجوز أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن اكثر من راس المال ، فبادرت اللجنة الى ادماج هذه القاعدة فى نصوص التقنين الجديد هى وتحريم الفوائد المركبة ، وجعلت القاعدتين فى نص واحد مستحدث .

الدين نفسه ، وبحسب الدائن أن يكون قد اقتضى فوائد تعادل رأس ماله . وقد أخذت بهذا الحكم دول أخرى منها سورية والعراق (١) » .

ومجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن يتناول الفوائد بجميع أنواعها : الفوائد التعويضية والفوائد التأخيرية بالسعر الاتفاقي وبالسعر القانوني . فلو أن شخصا اقترض من مصرف ألفا من الجنيهات بسعر اتفاقي مقداره ٧٪ لمدة عشر سنوات ، ولم يسدد من دينه شيئا طوال هذه المدة ، وحل أجل الدين فتأخر في الوفاء سبع سنوات أخرى ، فان مجموع الفوائد التعويضية والتأخيرية التي تراكمت عليه بالسعر الاتفاقي هو ١١٩٠ جنيها ، وهذا المجموع يزيد على رأس المال بمقدار ١٩٠ جنيها . فلا يجوز للدائن في هذه الحالة أن يتقاضى من مجموع الفوائد التي تراكمت أكثر من ألف من الجنيهات ، وهو ما يساوي رأس المال ، ويضيع عليه من الفوائد مائة وتسعون جنيها . وليس في هذا الحكم حماية للمدين فحسب ، بل هو ينطوي أيضا على معنى العقوبة للدائن ، اذ أنه أما أن يكون قد أهمل في تقاضي حقه ، أو تعمد ألا يتقاضاه حتى تتراكم الفوائد على المدين (٢) .

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٧ — والاصل في هذا الحكم هو المادة ٤ من قانون المرابحة العثماني ، وتقضي بعدم جواز زيادة مجموع الفوائد على رأس المال . وطبقت القاعدة في العراق وسورية ولبنان لما كانت هذه البلاد جزءا من الامبراطورية العثمانية ، ثم لما استقلت أدخلت القاعدة في كل من التقنين المدني العراقي والتقنين المدني السوري عن طريق التقنين المدني المصري الذي استقى القاعدة هو نفسه من قانون المرابحة العثماني . ويذكر الدكتور صبحي المحمصاني (آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٣١ — ص ٣٢) أن هذه القاعدة لا تزال سارية في لبنان بحكم قانون المرابحة العثماني .

(٢) وهذه القاعدة التي تقضي بأن مجموع الفوائد لا يجاوز راس المال تعتبر من قواعد النظام العام ، ومن ثم يسري نص المادة ٢٣٢ من وقت نفاذ التقنين المدني الجديد . فاذا كانت هناك عقود أبرمت قبل ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩ تجعل للدائن حقا في تقاضي مجموع من الفوائد يزيد على رأس المال ، فما دفع من الفوائد قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ لا يرد ولو زاد على رأس المال . أما منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فلا يجوز أن يكون مجموع =

ويرد على هذا الحكم القيدان الآتيان :

(أولا) أن النص استثنى ما تقضى به القواعد والعادات التجارية . مثل ذلك الحساب الجارى ، وسيأتى أنه يجوز فيه تقاضى فوائد على متجمد الفوائد وأن سعر الفائدة التجارية فيه غير مقيد بحد معين . فيحتمل اذن أن يزيد مجموع الفوائد فى نهاية الحساب على رأس المال ، ويكون ذلك جائزا تمشيا مع القواعد والعادات التجارية (١) .

= الفوائد التى تقاضاها الدائن فى الماضى مع الفوائد التى يتقاضاها فى المستقبل اكثر من راس المال . فاذا فرض أن شخصا اقترض مبلغا مقداره ١٠٠٠ جنيه بسعر ٨٪ فى يناير سنة ١٩٤٠ لمدة عشرين سنة ، وبقى يسدد الفوائد الى ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ثم استمر بعد ذلك يسددها بسعر ٧٪ ابتداء من ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩ ، حتى وصلت جملة ما دفعه من الفوائد منذ بداية القرض الفا من الجنيهات ، فانه لا تجب عليه بعد ذلك اية فوائد . ولو ان هذا الشخص اقترض هذا المبلغ (١٠٠٠ جنيه) بهذا السعر (٨٪) فى يناير سنة ١٩٣٥ لمدة عشرين سنة ، فانه يكون قد دفع حتى ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩ من الفوائد اكثر من ١٠٠٠ جنيه ، فينقطع منذ ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩ عن دفع اية فوائد ، ولكنه لا يسترد ما دفعه قبل ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩ زائدا على ١٠٠٠ جنيه .

وقد قضت محكمة النقض بان قاعدة منع تجاوز الفوائد لراس المال التى تضمنتها المادة ٢٣٢ من القانون المدنى ، تتعلق بالنظام العام فلا يسوغ للدائن بعد العمل بالقانون المدنى الحالى فى ١٩٤٩/١٠/١٥ اقتضاء فوائد متى بلغت الفائدة المستحقة ما يعادل راس المال ولو كان بعض هذه الفوائد قد استحق فى ظل القانون القديم : نقض مدنى فى ٥ من مارس سنة ١٩٦٤ مجموعة احكام النقض السنة ١٥ رقم ٤٨ ص ٢٨٠) .

كما قضت محكمة النقض بأن اعتراض المدين بعدم جواز التنفيذ ضده لفوائد تزيد على رأس المال اعتراض مؤسس على مخالفة قاعدة من النظام العام ومن ثم يجوز له ابداؤه لاول مره امام محكمة الاستئناف : (نقض مدنى فى ٣٠ من نوفمبر سنة ١٩٦٥ — مجموعة احكام النقض السنة ١٦ رقم ١٨١ ص ١١٥٢) .

(١) وقد صدر من محكمة مصر الكلية ، فى ٢٥ أبريل سنة ١٩٥٥ ، فى القضية رقم ٥٨١٨ لسنة ١٩٥٣ ، حكم لم ينشر بعد يقضى بأن العادات التجارية فى القروض طويلة الأجل ، تسمح بمجاوزة مجموع الفوائد لرأس المال . وقد جاء فى أسباب هذا الحكم ما يأتى : « وحيث أن المشرع لاحظ فى النص على عدم الاخلال بالقواعد والعادات التجارية أن للعرف السائد =

(ثانيا) زيادة مجموع الفوائد على رأس المال ممنوعة فى الصفقة الواحدة ، لا فى مجموع الصفقات اذا تعددت . فاذا اقترض شخص مبلغا من النقود بفائدة ، وتراكمت الفوائد ، ثم قطع المدين حساب هذا القرض ، وعقد مع المقرض قرضا آخر أدخل فيه رصيد القرض الأول ، كان لكل قرض حسابه ، ولا يجوز أن يزيد مجموع الفوائد على رأس المال فى أى قرض منهما . على أنه يجب ألا يكون فى ذلك طريق للتحايل على حكم القانون ، فيعمد الطرفان الى تجزئة القرض الواحد الى قرضين تجزئة صورية الغرض منها أن يجاوز مجموع الفوائد رأس المال .

على أن الحكم الذى نحن بصدده — عدم مجاوزة مجموع الفوائد رأس المال — ليس بالقيد الخطير فى الصفقات العادية . اذ يندر فى هذه الصفقات أن يصل الدائن من الاهمال فى تقاضى الفوائد الى حد أن تتراكم فتجاوز رأس المال . ويسهل دائما على الدائن أن يتفادى هذه النتيجة بتحديد مدة معقولة لحلول أجل الدين ، ثم اذا حل الأجل

= قوة القانون المسنون ، وانه لابد من عدم المساس بأحكام المعاملات التى جرى بها العرف من قديم الزمان ، ومنها القروض طويلة الاجل التى تعقدها المصارف والشركات فى نطاق نشاطها المألوف . ولا يمكن بحال أن يكون الشارع قد قصد القضاء على الائتمان الطويل ، ومحاربة القائمين به ، على ما يؤديه هذا الائتمان من خدمات جليلة للاقتصاد القومى ، ومع مايتسم به من طابع التيسير على المدينين . ولكن الشارع قصد — فحسب — منع المرابين المحترفين من استغلال الضعفاء على صورة كريهة ممقوته ، فعمل على حمايتهم فى هذه الصورة وفى هذه الظلال . ولم يفته الاحتياط لأثر العادة التجارية ، بما يحفظ كيان الأوضاع الاقتصادية فى البلاد » .

ولكن صدر قبل ذلك ، من محكمة مصر الكلية أيضا ، حكمان يقضيان بعكس هذا الرأى : صدر الأول فى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥١ فى القضية رقم ١٤١٩ لسنة ١٩٥١ ، وصدر الثانى فى نفس هذا التاريخ فى القضية رقم ٢٥٣٠ لسنة ١٩٥١ ، وتأيد هذا الحكم الثانى من محكمة استئناف مصر فى ٥ مارس سنة ١٩٥٣ فى القضية رقم ١٧/أ٦٩ — وسنعرض فى الحاشية التالية الى القروض طويلة الأجل .

لا يتراخى فى المطالبة به الى الحد الــذى تتراكم فيــه الفوائد فتزيد على رأس المــال . وفى هذا مصلحة لكل من الدائن والمــدين : الدائن يتفادى أن يضيع عليه شىء من افوائد ، والمدين لا يترك لهالحبل على الغارب فيستسلم الى تهاونه ، بل تحفزه مطالبة الدائن الى الســعى فى سداد دينه فلا تتراكم الفوائد عليه (١) .

(١) غير أن هناك نوعا من القروض قد تستعصى طبيعتها على هــذا التدبير ، وهى قروض الانتــاج طويلة الاجــل . وتتميز هــذه القروض بخصيصتين : ١ — ينتفع المقترض بالقرض للانتاج لا للاستهلاك . فهــو أما مزارع يريد اصلاح أرضه البور ، أو مالك أرض فضــاء يريــد البنــاء عليها ، أو نحو ذلك ، فيقترض مبلغا كبيرا من المال لمشروعــه الانتــاجى من مصاريف للائتمان العقارى تخصصت لهذا الغرض . ٢ — يكون القرض ذا أجل طويل ، وينبغى أن يكون كذلك ، فان المقترض انما يقترض كمــا قدمنا للانتاج لا للاستهلاك ، فيعتمد فى ميداد اقساط الدين عــلى غلة ماانتجه ، مع استبقاء شىء من هذه الغلة لنفسه ليكون مورد عيشــه ، فلابد اذن أن يكون القرض طويل الأجل . ويصل الأجل فى كثير من الاحوال الى عشرين سنة ، بل الى ثلاثين واربعين وخمسين فى حالات غير قليلة .

وقد جرت عادة مصارف الائتمان العقارى أن تجعل المدين يســدد الدين على أقساط متساوية طوال مدة القرض ، فيسدد فى كل قسط الفوائد مع جزء من رأس المال يزيد تدرجا كلما قل ما يجب دفعــه من الفــوائد . وقد يزيد مجموع ما يدفعه المدين من الفوائد فى هذه القروض طويلة الأجل على رأس المال ، فلابد اذن ، اذا أريد الابقاء على هذه القروض الانتاجية النافعة ، من استثنائها بتشريع خاص مــن حكم المادة ٢٣٢ مــن التقنين المدنى ، وذلك اذا لم يستقر قضاؤنا على جعلها مستثناة من حكم هــذه المادة تطبيقا للعادات التجارية على ما رأينا . ويلاحظ فوق ذلك أن مصارف الائتمان العقارى تقترض هى نفسها — فى صورة سندات تصــدرها — نقودا لآجال طويلة تدفع عنها فوائد قد يزيد مجموعها على رأس المــال ، ثم تقرض هذه النقود لعملائها ، فهى تقوم فى الواقع من الامر بدور الوسيط بين المقرض والمقترض . ثم ان الحكومة والأشخاص المعنوية العــامة (كالبلديات) قد تعقد قروضا طويلة الأجل يزيد مجموع الفوائد فيها على رأس المال ، ويقع ذلك كثيرا فى الأيرادات المؤيدة . وهناك ظروف تضطر فيها الحكومة الى التقدم لمساعدة أصــحاب الاراضى الزراعيــة بتســوية ديونهم العقارية الى آجال طويلة يزيد فيها مجموع الفوائد عــلى رأس المال ، كما وقع ذلك فى قوانين التســويات العقارية سنة ١٩٣٣ وسنة ١٩٣٦ وسنة ١٩٤٢ — كل هذا من شأنه أن يجعل للقروض طويلة الأجل =

٥٢٠ — **الفوائد على متجمد الفوائد أو الأرباح المركبة** : تقضى المادة ٢٣٢ مدنى ، كما رأينا ، بأنه لايجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، وذلك دون اخلال بالقواعد والعادات التجارية . ولم يكن هذا هو الحكم فى المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد . بل كانت المادة ٣١٠ من هذا المشروع تقضى بأن الفوائد على متجمد الفوائد تكون مستحقة اذا طولب بها قضائيا أو تم الاتفاق عليها بعد استحقاق الفوائد المتجمدة ، على أن يبلغ المتجمد فى الحالتين فوائد سنة على الأقل . فكانت الفوائد على متجمد الفوائد (anatocisme, capitalisation des intérêts) جائزة اذن فى حالتين : ١ — اذا تجمدت الفوائد ، قانونية كانت أو اتفاقية ، لمدة سنة على الأقل ، ثم طالب الدائن المدين قضائيا بفوائد على هذه الفوائد ، فتصبح الفوائد المتجمدة فى هذه الحالة عن طريق المطالبة القضائية بمثابة رأس مال ينتج بدوره فوائد قانونية . ٢ — اذا تجمدت الفوائد ، قانونية كانت أو اتفاقية ، لمدة سنة على الأقل ، ثم اتفق الدائن والمدين على جعل هذه الفوائد المتجمدة تنتج فوائد بسعر معين ، فتصبح الفوائد المتجمدة فى هذه الحالة أيضا ، عن طريق الاتفاق ، بمثابة رأس مال ينتج بدوره فوائد اتفاقية (١) . وقد

= مركزا خاصا يبرر استصدار تشريع استثنائى بشأنها فى المعنى المتقدم . وقد اعدت الحكومة بالفعل مشروعا بقانون فى هذا المعنى ، ولكنه لايزال مشروعا حتى كتابة هذه السطور .

وغنى عن البيان انه يجب أن تستبقى فى التقنين المدنى القاعدة الاصلية — وهى عدم جواز زيادة مجموع الفوائد على رأس المال — لمواجهة حالة المرابى المحترف الذى يمد لمدينه فى أسباب تأجيل سداد الدين ليستمر فى اخذ الفوائد ، فيصل من وراء ذلك الى تقاضى رأس ماله أضعافا مضاعفة . ويبقى التشريع الخاص بالقروض طويلة الأجل ، اذا صدر ، تشريعا استثنائيا يعالج حالة الائتمان العقارى وحدها .

(١) وقد ورد فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « لم يغب عن المشروع ما للفوائد المركبة من بالغ الأثر فى زيادة أعباء المدين ، ولا سيما بعد أن عمدت بعض التقنينات الحديثة الى تحريمها .. بيد انه رأى أباحتها بشروط ثلاثة فاشترط أن تكون واجبة =

كان هذا هو أيضا ، بوجه عام ، حكم التقنين المدنى السابق (أنظر م ١٢٦/١٨٦) (١) .

= الأداء ، وان تكون مستحقة عن سنة على الاقل ، وان يتم الاتفاق على التجميد أو يطالب به الدائن قضائيا بعد أن يصبح ما يراد تجميــده منها مستحق الاداء — قارن المادة ١٢٦/١٨٦ من التقنين المصرى (السابق) ويظهر انها تبيح الاتفاق على التجميد قبل حلول الفائده ، وقد جرى القضاءان المصرى والفرنسى على ذلك خلافا لراى الفقه فى فرنسا — ولا يشترط فى هذا الصدد حلول أجل الوفاء برأس المال المنتج لتلك الفوائد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٨ — ص ٥٩٩) .

(١) أنظر فى فوائد الفوائد أو الربح المركب فى التقنــين المدنى السابق الموجز للمؤلف فقره ٤٥٣ — استئناف مصر ٣ يناير سنة ١٩٤٥ المجموعه الرسمية ٥/٤٧ و ٢/١٢١/٦ — مصر الكلية الوطنية ٨ يوليه سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٣١٤ — استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٥٤ — ٣ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٣٨ — ٧ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١٣ — ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢١٦ — ٢ ديســمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٥٢ — ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٤٧ . ولم يكن يشترط عدد كامل من السنين تتجمد فيه الفوائد ، فكسور السنة تتجمــد فوائدها إن أضيفت الى فوائد سنة أو سنتين أو أكثر (بورسعيد الوطنية ١٤ أغسطس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ١٣٠٣) . على ان المدة التى تتجمد فيها الفوائد ليست بذات أثر كبير ، فقد حسب الأستاذان بودرويارد (جزء أول فقرة ٥٣٤) انه اذا جمدت الفوائد كل سنة ، بسعر ٥٪ ، تضاعف رأس المال فى ٢١ و ١٤ سنة ، واذا كان تجميدها كل شهر تضاعف رأس المال فى ٩٣و١٣ سنة ، واذا كان التجميد كل أسبوع تضاعف راس المــال فى ٧٨و١٣ سنة ، فالفرق فى المدد التى يتضاعف فيــها رأس المــال ليس اذن بكبير .

وكان يشترط فى عهد التقنين المدنى السابق أن تكون المطالبة القضائية بعد تجمد الفوائد لا قبل التجمد (استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧٤ — ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢١٦ — مصر الكلية الوطنية ٨ يوليه سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٣١٤) . امــا بالنسبة الى الاتفاق فكان يجوز أن يتم الاتفاق قبل تجمد الفوائد (استئناف أهلى ١٨ مايو سنة ١٩١٤ الشرائع ١ ص ٢٤٧ — استئناف مختلط ١٧ ابريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٢٢ — أول يونيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٥٣ — ٧ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١٣) . وفى فرنسا يجيز القضاء الاتفاق مقدما قبل تجمد الفوائد ، ولكن الفقه لا يجيز الاتفاق الا بعد ان تتجمد الفــوائد ، ويحتج بنص المادة ١١٥٤ من التقنين المدنى الفرنسى وهى تقضى بعدم جواز الاتفاق على تجمد الفوائد الا بعد استحقاقها (les intérêts échus des capitaux) =

وسار المشروع التمهيدى فى مراحله المختلفة ، حتى وصل الى لجنة مجلس الشيوخ ، فرأت هذه اللجنة تحريم الفوائد على متجمد الفوائد اطلاقا ، مقتدية فى ذلك ببعض التقنينات الحديثة (١) ، وهذا هو الرأى الذى استقر فى التقنين المدنى الجديد (٢) . والواقع أن تقاضى فوائد على متجمد الفوائد لا يخلو من الخطر ، فان رأس المال اذا أقرض بسعر ٤٪ ، تضاعف اذا كان الربح بسيطا فى ٢٥ سنة ، وهو يتضاعف فى ٢٠ سنة اذا كان الربح بسيطا ، وفى ١٤ سنة اذا كان الربح مركبا . واذا أقرض بسعر ٧٪ تضاعف فى ١٤ سنة فى حالة الربح البسيط ، وفى ١٠ سنوات فى حالة الربح المركب . فالفرق كبير اذن بين الربح المركب والربح البسيط ، وقد أحسن التقنين المدنى الجديد صنعا فى تحريم الأرباح المركبة (٣) .

على أن هناك قيدين يردان على هذا التحريم :

= (الموجز للمؤلف فقرة ٤٥٣ص٤٥٧ — وانظر فى الفوائد على متجمد الفوائد فى القانون الفرنسى أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٨ ص ١٦٥ — ١٦٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ٥٢٤ — فقرة ٥٤١ — ديموج ٦ فقرة ٤٠٥ — فقرة ٤٢٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٨٧ — فقرة ٨٩٠ .

(١) انظر تقنين الالتزامات السويسى م ١٠٥ فقرة ٢ (ومع ذلك انظر م ٣١٤ فقرة ٣) — التقنين المدنى الالمانى م ٢٨٩ فقرة أولى (ومع ذلك فقد اجاز التقنين المدنى الألمانى التعويض عن تأخر المدين فى الوفاء بفوائد الدين) — التقنين الشيلى م ١٥٥٩ و ٢٢١٠ — وكان قانون جوستنيان والقانون الفرنسى القديم يحرمان تقاضى فوائد على متجمد الفوائد .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٧ — وانظر تاريخ نص المادة ٢٣٢ آنفا فقرة ٥١٦ فى الهامش .

(٣) ولما كانت قاعدة تحريم الارباح المركبة التى استحدثها التقنين المدنى الجديد تعتبر من قواعد النظام العام ، فانها تسرى منذ نفاذ هذا التقنين . ومن ثم فكل اتفاق على فوائد مركبة ابرم قبل ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩ ينتج اثره الى هذا التاريخ فقط ، وتستحق فوائد على ما تجمد من الفوائد الى يوم ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩ بشرط أن تكون الفوائد قد تجمدت لمدة سنة على الاقل ، وما يتجمد من الفوائد بعد ذلك لا يتقاضى الدائن عنه أية فوائد طبقا لقاعدة التحريم الجديدة . واذا كان استحقاق فوائد الفوائد آتيا عن طريق المطالبة القضائية ، فاذا كانت هذه المطالبة قد تمت قبل يوم ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩ حكم للدائن بفوائد على متجمد =

(أولا) ما تقضى به القواعد والعادات التجارية من جواز الأرباح المركبة فى بعض الحالات • وقد ورد فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ويلاحظ أخيرا أن عرف التجارة قد يقضى بالخروج على النصوص الخاصة بتجميد الفوائد • ومن ذلك مثلا اجازة تجميد ما يستحق منها عن مدة تقل عن سنة فى الحساب الجارى، دون حاجة الى اتفاق أو مطالبة قضائية (١) •

= الفوائد ولو صدر الحكم بعد يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ لان الاحكام تستند الى يوم رفع الدعوى . أما اذا كانت المطالبة القضائية لم تتم قبل يوم ١٥ أكتوبر سنه ١٩٤٩ ، فلا يحكم للدائن بفوائد على متجمد الفوائد حتى لو كان الدين الاصلى قد عقد قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

(١) مجموعه الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٩ .

وقد قضته محكمة النقض بان مفاد المادتين ٢٣٢ و ٢٣٣ من القانون المدنى ان المشرع قد حرم الفوائد المركبة واستثنى من ذلك ما تقضى به القواعد والعادات التجارية ، كما اقر ما جرى عليه العرف التجارى من تجميد الفوائد فى الحساب الجارى وترك امر تحديدها لما يقضى به العرف : نقض مدنى فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة احكام النقض السنه ١٥ رقم ١٦٣ ص ١١٢٠ ونقض مدنى فى ٥ مارس سنة ١٩٦٨ المجموعة السابقة السنة ١٩ رقم ٧٠ ص ٤٨٢ ونقض مدنى فى ٢٩ مارس سنة ١٩٧٦ المجموعة ذاتها السنة ٢٧ رقم ١٥٣ ص ٧٨٨ .

ويلاحظ ان الحساب الجارى اذا اقفل زالت عنه صفة الحساب الجارى وأصبح الرصيد دينا عاديا فلا يجوز تقاضى فوائد مركبة عنه طبقا لنص المادة ٢٣٢ من القانون المدنى ، الا اذا ثبت وجود قاعدة أو عادة تقضى بذلك (مراجع نقض مدنى فى ٢٣ مايو سنة ١٩٧٢ مجموعة احكام النقض السنة ٢٣ رقم ١٥٣ ص ٩٨١) .

كما قضت محكمة النقض بأنه متى كان عقد البيع الذى أبرمه البنك مع المطعون عليه هو عقد مدنى بطبيعته ، فان باقى ثمن الاطيان المبيعه المستحق للبنك يسرى عليه الحظر المنصوص عليه فى المادة ٢٣٢ من القانون المدنى ولا يخضع للقواعد والعادات التجارية التى تبيح تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ومجاوزة الفوائد لراس المال وذلك ابتداء من تاريخ العمل بالقانون المدنى فى ١٥/١٠/١٩٤٩ ، ولا محل للتحدى بان القروض طويلة الأجل التى تعقدها البنوك يسرى عليها الاستثناء سالف الذكر ولو تمت لصالح شخص غير تاجر ، ذلك ان هذه القروض انما تخرج عن نطاق الحظر المذكور لأنها تعتبر عملا تجاريا مهما كانت صفة المقترض وايا كان الغرض الذى خصص له القرض وهو الامر الذى لا يتوافر فى الدين موضوع النزاع على ما سلف البيان : نقض مدنى فى ١٨ فبراير احكام النقض السنة ٢٦ رقم ٨٦ ص ٤١٧ —

(ثانيا) الاستحقاقات الدورية غير الفوائد ، كالأجرة والايرادات المرتبة مدى الحياة (١) والاستحقاق فى الوقف ، لا تعتبر فى حكم الفوائد فيجوز تقاضى فوائد عن المتجمد من هذه الاستحقاقات . فاذا اتفق المؤجر مع المستأجر مقدما على أن تأخر المستأجر فى دفع الأجرة عن مواعيدها يستوجب سريان فوائد تأخيرية بسعر معين على ما تأخر من الأجرة ، جاز هذا الاتفاق ، ولايعترض عليه بأن الأجرة المتجمدة هى بمثابة الفوائد المتجمدة فلا يجوز أن يتقاضى فوائد عليها (٢) .

---

(١) اما الايرادات الدائمة فهى تعتبر فوائد عن مبلغ من النقود ، ولا تستثنى من تحريم الارباح المركبه او من تقييدها الا بنص صريح . وهذا النص لم يكن موجودا فى التقنين المدنى السابق ولم يوجد فى التقنين المدنى الجديد . وهو موجود فى التقنين المدنى الفرنسى فى المادة ١١٥٥ من هذا التقنين . ويبررون فى فرنسا استثناء الايرادات الدائمة من قيود الارباح المركبة باعتبارين : الاعتبار الاول أنه لا يخشى فى الايرادات المؤبدة أن تتراكم على المدين الفوائد مع راس المال ، لان المدين لا يلتزم برد رأس المال الا فى الوقت الذى يختاره هو . والاعتبار الثانى أن القيود الواردة على الأرباح المركبة انما قصد بها المرابون دون غيرهم ، والمرابون لا يقرضون نقودهم فى مقابل ايراد دائم ، بل يقرضونها لاجل (انظر فى ذلك بودرى وبارد ١ فقرة ٥٤٢) .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصا فى هذا المعنى هو الفقرة الثانية من المادة ٣١٠ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « اما الاستحقاقات الدورية غير الفوائد فتعتبر رؤوس اموال من حيث استحقاق الفوائد عنها » . فحذف هذا النص فى لجنة مجلس الشيوخ (انظر تاريخ نص المادة ٢٣٢ آنفا فقرة ٥١٦ فى الهامش) . ولكن يكفى تطبيق القواعد العامة للوصول الى هذا الحكم ، وقد ورد فى هذا الصدد فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى — وقد كان هذا المشروع يجيز الارباح المركبة بشروط كما قدمنا — ما يأتى : « ويلاحظ أن ما يستحق من الالتزامات فى مواعيد دورية كالاجرة والايرادات الدائمة (كذا) او المرتبة مدى الحياة لا يعتبر من قبيل الفوائد بمعناها الفنى الدقيق . فيجوز تجميد الاجر والايرادات وما اليها دون حاجة الى توافر الشروط الثلاثة التى تقدم ذكرها . ذلك أن هذه الالتزامات لا تفترق عن سائر ضروب الالتزام بأداء مبلغ من النقود ، فهى تنتج ما يستحق عنها من الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية أو من التاريخ المتفق عليه ، ولو وقع الاتفاق قبل ان تصبح بذاتها واجبة الاداء . ولا يشترط فوق هذا أن يحل اجل الوفاء بها ، أو أن تكون مستحقة عن سنة على الاقل . وكذلك يكون الحكم فى رد الثمرات والفوائد التى يتولى =

والذى يميز الفوائد بمعناها الفنى الدقيق عن هذه الاستحقاقات الدورية ، أن الفوائد هى ريع دورى عن مبلـــغ من النقـــود ، أما الاستحقاقات الدورية فهى اما أن تكون ريعا دوريا عن رأس مال ليس مبلغا من النقود (١) ، واما أن تكون ناتجة عن مبلغ من النقود ولكنهـا ليست بريع دورى (٢) .

المطلـب الثـانى

جواز الزيادة على الحدود المقـررة

٥٢١ – **النصوص القانونية** : تنص المادة ٢٣١ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلى يضاف الى الفوائد اذا أثبت أن الضرر الذى يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية » .

وتنص المادة ٢٣٣ على ما يأتى :

« الفوائد التجارية التى تسرى على الحساب الجـارى يختلف سعرها القانونى باختلاف الجهات ، ويتبع فى طريقة حساب الفوائـد

= الغير أداءها للدائن وفاء لدين المدين – انظر المادة ١١٥٥ من التقنين المدنى الفرنسى والمادة ١٠٤ من المشروع الفرنسى الايطالى » . (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٩) – وانظر فى هذه المسالة فى القانون الفرنسى : أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٨ ص ١٦٩ – ص ١٧١ – بودرى وبارد ١ فقرة ٥٤١ – فقرة ٥٤٥ – ديموج ٦ فقرة ٤٢١ – فقرة ٤٢٦ مكررة – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٩١ .

(١) وذلك كالاجرة والاستحقاق فى الوقف (الخيرى بعد الغاء الوقف الاهلى) والثمرات التى يردها الحائز بسوء نية مع فوائدها .

(٢) وذلك كالايرادات المرتبة مدى الحياة فانها ليست مجرد ريع بـل يدخل فيها جزء من راس المال – واذا وفى الغير الفوائد المستحقة على المدين ، فانه يرجع عليه بما وفاه من هذه الفوائد وتعتبر راس مال بالنسبة الى الغير الذى وفاها ، ومن ثم كان له أن يتقاضى فوائد عليها وفقا للقواعد العامة (بودرى وبارد ١ فقرة ٥٤١) .

المركبة فى الحساب الجارى ما يقضى به العرف التجارى » (١) .

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٨٧/١٢٧ (٢) .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادتين ٢٣٢ و ٢٣٤ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ١٧٣ فقرة ٢ و ١٧٥ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٢٣٤ و ٢٣٦ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢٦٥ فقرة ثانية (٣) .
ولا مقابل لها فى التقنين المدنى الكويتى ولا فى التقنين المدنى الأردنى .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٣١ : ورد هذا النص فى المادة ٣٠٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلى يضاف الى الفوائد، اذا اثبت أن الضرر الذى يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بغش منه أو بخطأ جسيم » . وأقرت لجنة المراجعة النص تحت رقم ٢٣٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « بسوء نية » بعبارة « بغش منه أو بخطأ جسيم » ، تمشيا مع التعديل الذى أجرى فى المادة ٢٣٦ (٢٢٩ مدنى) ، وأصبحت المادة رقمها ٢٣١ . ووافق مجلس الشيوخ عليها كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٣ — ص ٥٩٥) .

م ٢٣٣ : ورد هذا النص فى المادة ٣١١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٤٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٨ وص ٦٠٠) .

(٢) كانت المادة ١٨٧/١٢٧ من التقنين المدنى السابق تجرى على الوجه الآتى : « ومع ذلك يجوز ان يختلف قدر الفوائد التجارية فى الحسابات الجارية على حسب اختلاف الجهات . وتنضم الفوائد المتجمدة للأصل فى الحسابات الجارية بحسب العوائد التجارية » . ولا فرق فى هذا الحكم بين التقنين الجديد والقديم .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٣٢ و ٢٣٤ (مطابقتان للمادتين ٢٣١ و ٢٣٣ من التقنين المدنى المصرى) .
التقنين المدنى العراقى م ١٧٣ فقرة ٢ و ١٧٥ (مطابقتان للمادتين ٢٣١ و ٢٣٣ من التقنين المدنى المصرى ، فيما عدا أن المادة ١٧٣ فقرة ٢ عراقى تضيف الى غش المدين خطأه الجسيم) . =

ويستخلص من النصوص المتقدمة أن هناك حالتين يمكن فيهما أن يتقاضى الدائن فوائد تزيد على الحدود المقررة فيما تقدم :
١ – تسبب المدين بسوء نية فى أحداث ضرر يجاوز الفوائد
٢ – الحساب الجارى .

ونستعرض كلا من هاتين الحالتين :

٥٢٢ – تسبب المدين بسوء نية فى احداث ضرر يجاوز الفوائد : تقضى المادة ٢٣١ مدنى ، كما راينا ، بجواز أن يطالب الدائن بتعويض تكميلى يضاف الى الفوائد اذا أثبت أن المدين قد تسبب بسوء نية فى احداث ضرر يجاوز الضرر الذى جعلت الفوائد تعويضا له . ونلاحظ منذ الآن أنه قد مرنص مقابل لهذا النص ، هو المادة ٢٢٩ ، وتقضى بأنه « اذا تسبب الدائن ، بسوء نية ، وهو يطالب بحقه ، فى اطالة أمد النزاع ، فللقاضى أن يخفض الفوائد ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أو لا يقضى بها اطلاقا ، عن المدة التى طال فيها النزاع بلا مبرر » . والتقابل بين النصين واضح : هناك تسبب الدائن بسوء نية فى الحاق ضرر استثنائى بالمدين ومن ثم جاز للقاضى تخفيض الفوائد ، وهنا تسبب المدين بسوء نية فى الحاق ضرر استثنائى بالدائن ومن ثم جاز للقاضى زيادة الفوائد . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٢٣١ يوسع فى النص فيقضى بالتعويض التكميلى فى حالة ارتكاب المدين لغش أو لخطأ جسيم ، كما كان المشروع التمهيدى للمادة ٢٢٩ يكتفى بالخطأ من جانب الدائن فيما مر بنا . فعدلت لجنة مجلس الشيوخ

= التقنين المدنى الليبى م ٢٣٤ و ٢٣٦ (مطابقتان للمادتين ٢٣١ و ٢٣٣ من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٦٥ فقرة ٢ : غير انه اذا كان المديون سيىء النية ، جاز أن يعطى عوض اضافى للدائن الذى اضر به امتناع غير مشروع . (وتوافق فى الحكم حكم المادة ٢٣١ من التقنين المدنى المصرى : انظر الدكتور صبحى المحمصانى فى آثار الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٣٥ – ص ٣٦) .

النصين ، وقصرت الحكم فى كل منهما على حالة صدور غش من جانب الدائن أو المدين .

على أن هناك نصا مر بنا يماثل نص المادة ٢٣١ ، هو المادة ٢٢٥ وتقضى بأنه « اذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقى ، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة الا اذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما » . والتماثل بين النصين هو أيضا واضح : ففى الحالتين يجاوز الضرر قيمة التعويض المقرر ، وذلك بفعل المدين ، فيكون للدائن الحق فى تعويض اضافى . ولا يفرق بين الحالتين الا أن حالة منهما اتفق فيها المتعاقدان على مقدار التعويض فى شرط جزائى ، وفى الحالة الثانية التعويض هو عن مبلغ من النقود سواء اتفق عليه أو كان بالسعر القانونى . ومن أجل هذا التماثل عمد المشروع التمهيدى الى المساواة فى الشروط ما بين الحالتين ، فاشترط فى كل منهما غش المدين أو خطأه الجسيم (١) . ولكن لجنة مجلس الشيوخ اعتدت بالتقابل ما بين المادتين ٢٣١ و ٢٢٩ ، دون التماثل ما بين المادتين ٢٣١ و ٢٢٥ ، فحذفت « الخطأ الجسيم » ، واقتصرت على « غش المدين » كما مر القول .

والنص الذى نحن بصدده — المادة ٢٣١ — نص جديد لم يكن له مقابل فى التقنين المدنى السابق . ولكن يمكن القول أنه ليس الا تطبيقا للقواعد العامة (٢) . والمبدأ الذى يقوم عليه النص — كما

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٣ — ص ٥٩٤ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بان تأخير المدين فى الوفاء بالدين لايستوجب اكثر من الزامه بالفائدة القانونية ما لم يثبت ان هذا التأخير كان لسوء نية المدين وترتب عليه الحاق ضرر استثنائى بالدائن وذلك وفقا للمادة ٢٣١ من القانون المدنى التى جاءت تطبيقا للقواعد العامة وتقنينا لما جرى عليه القضاء فى ظل القانون الملغى : نقض مدنى فى ٢٢ من يونيه سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٢ رقم ٨٦ ص ٥٦١ .

هو الأمر فى المادة ٢٢٩ — هو مبدأ التعسف فى استعمال الحق ، والمدين اذا تسبب بسوء نيته فى احداث ضرر استثنائى بالدائن فهو انما يتعسف فى استعمال حقه فى الدفاع ، كما يتعسف الدائن فى استعمال حقه فى المطالبة (١) .

وتطبيق هذا الحكم يقتضى توافر شرطين :

(الشرط الأول) احداث ضرر استثنائى بالدائن ، لا يكون هو الضرر المألوف الذى ينجم عادة عن مجرد التأخر فى وفاء المدين بالتزامه.مثل ذلك أن يكون المدين عالما بأن الدائن ارتبط بالتزام يعتمد فى الوفاء به على استيفائه لحقه من المدين فان لم يستوف هذا الحق كان معرضا لاجراءات شديدة من دائنيه قد تصل الى حد شهر الافلاس ،

(١) بل ان القضاء المصرى ، فى عهد التقنين المدنى السابق كان يقضى بأنه اذا كان للدائن لا حق له الا فى الفوائد القانونية أو الاتفاقية تعويضا له عن تأخر المدين فى وفاء ما عليه ، الا أنه يجوز أن يكون له حق فى تعويضات أخرى غير الفوائد اذا اثبت أنه قد لحقه ضرر خاص من تأخر المدين وبسبب اهماله (مصر الكلية الوطنية ٢٩ مارس سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٥ ص ١٩٢ — الأقصر ٢١ ابريل سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ ص ١٣٠) ، فكان مجرد اهمال المدين يكفى للحكم عليه بتعويض تكميلى ، وليس من الضرورى أن يكون سىء النية .

وقد كان القضاء الفرنسى مستقرا هو أيضا على هذا المعنى . صدر فى فرنسا قانون فى ٧ ابريل سنة ١٩٠٠ يسجل هذا القضاء ، ولكنه يشترط سوء نية المدين ، فأصبحت الفقرة الأخيرة من المادة ١١٥٣ من التقنين المدنى الفرنسى (المعدلة بهذا القانون) تقضى بأنه يجوز للدائن ، الذى الحق به المدين المتأخر فى الوفاء عن سوء نية ضررا غير مجرد التأخر ، ان يحصل على تعويض آخر مستقل عن فوائد الدين (انظر فى القانون الفرنسى فى هذه المسألة أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٨ ص ١٦٣ — ص ١٦٤ — بودرى وبارد ١ فقرة ٥٠٧ — ديموج ٦ فقرة ٤٠٣ — فقرة ٤٠٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٩ — بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٥٨٩ ص ٢٨ ص ٢٩ — انظر أيضا المادة ١٠٦ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادة ٢٨٨ من التقنين المدنى الألمانى) . ويشترط هنا أن يكون الضرر غير مجرد التأخر أما فى التقنين المدنى المصرى فقد يكون الضرر ناشئا عن مجرد التأخر ولكن يجب أن يكون ضررا استثنائيا غير مألوف (انظر الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٩١ ص ١١٦) .

أو يكون المدين عالما بأن أمام الدائن صفقة رابحة اعتمد فى ابرامها على استيفاء حقه ففاتته الصفقة بسبب تأخر المدين فى الوفاء بالتزامه • ففى الحالة الأولى أصاب الدائن خسارة فادحة ، وفى الحالة الثانية فاته ربح كبير (١) •

(الشرط الثانى) سوء نية المدين : فلا يكفى حدوث الضرر الاستثنائى على النحو المتقدم الذكر ، بل يجب أيضا أن يكون المدين سىء النية فى عدم الوفاء بالتزامه • ومجرد علمه بالضرر الاستثنائى لا يكفى لثبوت سوء نيته ، بل يجب أيضا أن يكون قد تعمد عدم الوفاء بالتزامه وهو عالم بما يحدث ذلك لدائنه من الضرر •

والدائن هو الذى يقع عليه عبء اثبات توافر الشرطين : ما لحق به من ضرر استثنائى وسوء نية المدين • ومتى أثبت ذلك ، كان له أن يتقاضى من المدين تعويضا تكميليا يضاف الى الفوائد التأخيرية المستحقة فى ذمة المدين لتأخره فى الوفاء بالدين (٢) • وهذا التعويض

---

(١) ويضرب أوبرى ورو مثلا : شخص وعد آخر أن يقرضه مبلغا من النقود حتى يتمكن من استعمال حق استرداد ، ثم لا يفى بوعده ، فيضيع على صاحب حق الاسترداد حقه . فى هذه الحالة يرجع الموعود بالقرض على الوعد بتعويض يساوى الضرر الذى أصابه من جراء ضياع حقه فى الاسترداد ، ولو زاد هذا التعويض على الفوائد التى يقررها القانون (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٨ ص ١٦٣ وهامش رقم ٥٠ — انظر بودرى وبارد ١ فقرة ٥٠٨) .

(٢) ويلاحظ أن الفوائد لايمكن الا أن تكون فوائد تأخيرية كما هو الأمر فى صدد المادة ٢٢٩ ، سواء كانت هذه الفوائد التأخيرية بسعر اتفاقى أو بسعر قانونى .

وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد نص المادة ٢٣١ من القانون المدنى انه يشترط للحكم بالتعويض التكميلى بالاضافة الى الفوائد أن يقيم الدائن الدليل على توفر أمرين أولهما حدوث ضرر استثنائى به لايكون هو الضرر المألوف الذى ينجم عادة عن مجرد التأخير فى وفاء المدين بالتزامه وثانيهما سوء نية المدين بأن يكون قد تعمد عدم الوفاء بالتزامه وهو عالم بما يحدثه ذلك لدائنه من الضرر ، واذ كان الثابت أن الطاعنين لم يقدموا لمحكمة

التكميلى هو التعويض عن الضرر الاستثنائى الذى ألحقه المدين بالدائن بسوء نيته ، فيجرى فى شأنه قواعد التقدير القضائى للتعويض ، ويقاس بمقدار ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من ربح .

٥٢٣ — الحساب الجارى : وتقضى المادة ٢٣٣ مدنى ، كما رأينا ، باستثناء الحساب الجارى من بعض القواعد التى تقررت فى نظام الفوائد . وهناك قواعد أخرى استثنى منها الحساب الجارى ، وقد مر ذكرها ، فنحصر تلك الاستثناءات وهذه فيما يأتى :

أولا — من ناحية المطالبة القضائية : لا يشترط فى سريان الفوائد التأخيرية بالنسبة الى الحساب الجارى المطالبة القضائية ، بل ولا الاعذار . فمجرد الخصم والاضافة فى الحساب الجارى يجعل الفوائد التأخيرية تسرى دون حاجة الى أى اجراء آخر (١) . وقد تقدم ذكر ذلك .

ثانيا — من ناحية السعر القانونى التجارى : وهذا ما تقضى به المادة ٢٣٣ مدنى . فالسعر القانونى التجارى للفوائد التأخيرية هو ، كما قدمناه ، ٥٪ . ولكن فى الحساب الجارى يختلف هذا السعر ،

= الموضوع الدليل على قيام هذين الأمرين ، كما لم يطلبوا سلوك طريق معين لاثبات توافرهما ، فان الحكم المطعون فيه اذ لم يقض لهم بالتعويض التكميلى يكون صحيحا فى القانون : نقض مدنى فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٧٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ رقم ٣٤٠ ص ١٨٥٨ .

(١) استئناف مختلط ١٣ ابريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٩٢ — ١٤ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٤٧ — ٢٨ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٧٠ — ٨ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٣٩ — ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٢ — فاذا ما اقفل الحساب الجارى صار رصيده دينا تستحق عليه الفوائد من وقت اقفال الحساب الجارى (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣١٣ — ١٦ ابريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٣ — ٢٩ يناير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٧٥ — ١١ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٨٩) ، اتفاقية كانت او قانونية .

وفقا للعرف التجارى ، بحسب اختلاف الجهات ، فيقضى بسعر الجهة ، ولو زاد أو نقص عن ٥٪ ، والحساب الجارى لا يستثنى فى هذه الناحية الا فى السعر القانونى التجارى ، فلا يستثنى فى السعر القانونى المدنى وهو ٤٪ ، بل ينطبق هذا السعر عليه ، كذلك لا يستثنى فى السعر الاتفاقى ، فيبقى الحد الأقصى لهذا السعر ، حتى بالنسبة الى الحساب الجارى ، هو ٧٪ (١) .

ثالثا — من ناحية تجمد الفوائد وتقاضى فوائد على المتجمد منها : وهنا أيضا يستثنى الحساب الجارى ، كما تقضى بذلك المادة ٢٣٣ مدنى (٢) . فقد رأينا أن الفوائد المركبة محرمة ، ولكن القانون استثنى الحساب الجارى من هذا التحريم (٣) . ويتبع فى طريقة حساب الفوائد المركبة فى الحساب الجارى ما يقضى به العرف التجارى (٤) .

---

(١) استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٤٧ .

(٢) استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٤٧ — ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٢ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن صفة الحساب الجارى تزول عنه باقفاله ويصبح الرصيد دينا عاديا مما لايجوز معه طبقا للمادة ٢٣٢ من القانون المدنى تقاضى فوائد مركبة عنه الا اذا اثبت وجود قاعدة أو عادة تقضى بذلك : نقض مدنى فى ٣ من ديسمبر سنة ١٩٦٤ — مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ رقم ١٦٣ ص ١١٢٠ .

(٤) ويؤسس بودرى وبارد هذا الاستثناء على مبدأ عدم قابلية الحساب الجارى للتجزئة (indivisibitité du compte courant) فلا يصح أن يتجزأ رصيد الحساب الجارى فيعتبر بعض هذا الرصيد فوائد ، بل ان عناصر الحساب الجارى تفقد ذاتيتها وتندمج جميعا ، بطريق التجديد ، فى وحدة لاتتميز فيها الفوائد عن رأس المال (بودرى وبارد ١ فقرة ٥٤٦) . وهذا التحليل يؤدى الى استثناء الحساب الجارى من قاعدة تحريم الربح المركب ، حتى لو كان حسابا غير تجارى ، لأن طبيعة الحساب الجارى واحدة ، تجاريا كان الحساب أو مدنيا (بودرى وبارد ١ فقرة ٥٤٩ — ديموج ٦ فقرة ٤٢٧ — فقرة ٤٢٩) .

وقد قضت محكمة النقض بانه اذا كانت الفوائد قد ادمجت فى رأس المال وتم تجميدها باتفاق الطرفين فاصبحت بذلك هى ورأس المال كلا غير منقسم فقدت بذلك صفة الدورية والتجدد اللتين يقوم على اساسهما التقادم الخمسى ، فانها لاتخضع لهذا النوع من التقادم ولا تتقادم الا بانقضاء خمس =

رابعا ـ من ناحية عدم جواز زيادة مجمـوع الفوائد على رأس المـال : وقد بينا فيما تقدم أن الحساب يستثنى من هذا الحظر ، لأن هذا هو ما تقضي به القواعد والعادات التجارية (١) .

= عشر سنة : نقض مدنى فى ٣ من ديسمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة احكام النقض السنة ١٥ رقم ١٦٢ ص ١١٠٦ .

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ، فى صـــدد استثناءات الحساب الجارى ما يأتى : « ويراعى أن الحساب الجارى خرج من نطاق تطبيق القواعد الخاصة بالفوائد ، وأصبح العرف محكما فيه . فقد تقدم أنه استثنى من تلك القواعد فيما يتعلق ببدء سريان فوائد التأخير وفيما يتعلق بتجميد الفوائد . وقد استثنى منها كذلك فيما يتعلق بسـعر الفائدة القانونية التجارية ، فلا يتحتم أن يكون هذا السعر ٥٪ ، بل يجوز أن يختلف تبعا لتفاوت الأسعار الجارية فى الاســواق (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٩) .

وهذه الاستثناءات بالنسبة الى الحساب الجارى كان معمولا بها فى التقنين المدنى السابق (انظر الموجز للمؤلف فقرة ٤٥٣ ص ٤٥٨) .

الباب الثالث

أموال المدين تكفل تنفيذ التزاماته

ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان

٥٢٤ — أموال المدين ضامنة لالتزاماته — نصوص قانونية :
تنص المادة ٢٣٤ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه » .

« ٢ — وجميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان الا من كان له منهم حق التقدم طبقا للقانون » (١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ٥٥٤ — ٥٥٥/٦٧٨ — ٦٧٩ (٢) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٣١٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٤١ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠١ — ص ٦٠٢) .
وانظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٢ وص ٦٠٣) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٥٥٤/٦٧٨ : الدائنون على خمسة انواع : الاول — الدائنون العاديون الذين يستوفون ديونهم من جميع أموال مدينهم بنسبة قدر دين كل واحد منهم .. م ٥٥٥/٦٧٩ : يجوز للدائنين العاديين ان يستوفوا ديونهم من جميع أموال مدينهم ، لكن مع مراعاة الإجراءات المقررة فى القانون .
ولا يوجد فرق ما بين التقنينين الجديد والقديم فى هذه المبادىء العامة .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٣٥ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢٦٠ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٣٧ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٢٦٨ — ٢٧١ و ٢٧٥ (١) ، وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٣٠٧ ، وفى التقنين المدنى الأردنى المادة ٣٦٥ .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٣٥ (مطابقة للمادة ٢٣٤ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى ٢٦٠ (مطابقة للمادة ٢٣٤ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٢٣٧ (مطابقة للمادة ٢٣٤ من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٦٨ : للدائن حق ارتهان عام على مملوك المديون لا على افراد ممتلكاته . وهذا الحق ، الذى يكسب الدائن صفة الخلف العام للمديون ، لا يمنحه حق التتبع ولا حق الافضلية . فالدائنون العاديون هم فى الأساس متساوون ، لا تمييز بينهم بسبب التواريخ التى نشأت فيها حقوقهم ، الا اذا كان هناك اسباب افضلية مشروعة ناشئة عن القانون أو الاتفاق م ٢٦٩ : لحق ارتهان الدائن خصائص كل منها وسيلة موضوعية رهن تصرفه ليتمكن بها من الحصول على ما يحق له — وبعض تلك الوسائل احتياطى محض ، وبعضها يرمى مباشرة الى التنفيذ الاجبارى . وهناك فئة ثالثة من الوسائل متوسطة بين الفئتين السابقتين ، وضعت لتمهيد سبيل التنفيذ الاجبارى واعداد اسبابه. م ٢٧٠ : ان الوسائل الاحتياطية ، كوضع الأختام وقيد الرهن وقطع مرور الزمن الجارى ، يحق لكل دائن أن يتذرع بها وان كان حقه معلقا على أجل أو على شرط . م ٢٧١ : أما وسائل التنفيذ فهى بالعكس لا يجوز للدائن استعمالها الا اذا كان حقه مستحق الأداء — واخص تلك الوسائل الحجز التنفيذى ، ومنها ايضا طريقة التغريم (م ٢٥١) وحق الحبس ، اى حق كل شخص دائن ومديون معا فى معاملة أو حالة واحدة بأن يمتنع عن التنفيذ مادام الفريق الآخر لم يعرض القيام بما يجب عليه . م ٢٧٥ : ان الوسائل المتوسطة التى تمهد سبيل التنفيذ لحق ارتهان الدائن بدون أن يتم ذلك التنفيذ هى : الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليانية وحق التفريق بين مملوكين .

التقنين المدنى الكويتى م ٣٠٧ (مطابقة للمادة ٢٣٤ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الاردنى م ٣٦٥ (مطابقة للمادة ٢٣٤ من التقنين المدنى المصرى مع اختلاف طفيف فى الصياغة) .

وتبين من النص المتقدم أن الدائنين ينفـذون بحقوقهم عـلى أموال المدين • وسواء كان التنفيذ عينيا أو كان بطريق التعـويض ، فان مال المدين هو الذى يكون محلا لهذا التنفيذ • •

فأموال المدين هى اذن الضمان العام (gage commun) للدائنين • ولا يلتبس هذا الضمان العام بالتأمين الخاص الذى يقـع على مال معين للمدين لمصلحة أحد دائنيه ، فيقـدمه على غـيره من الدائنين • فالضمان العام يتساوى فيه كل الدائنين ، ولا يتقدم فيـه دائن على آخر • وانما يتقدم الدائن على غيره اذا كان له تأمين خاص كما قدمنا ، كرهن أو اختصاص أو امتياز ، وهذا ما عنته الفقـرة الثانية من النص عند ما قالت : « الا من كان لهم حق التقدم طبقـا للقانون » • ولكن هذا التقدم لا يستمده الدائن من الضمان العـام ، وانما يستمده من التأمين الخاص ، وبالنسـبة الى العين التى يقـع عليها هذا التأمين وحدها •

ولا يكفل الضمان العام حق التتبع لأحد من الدائنين • فاذا باع

= وهذه النصـوص تتفق مـع المبادىء العـامة التى تراعى فى التقنين المدنى المصرى والتقنينات المدنية العربية ، والتى سنوردها فيمـا يلى • ولكن يلاحظ ما يأتى : ١ ــ صرح التقنين اللبنانى أن الدائن خلف عـام للمدين ، وهذه مسألة فقهية يحسن الا يعرض لها المشرع • ٢ ــ جعـل التقنين اللبنانى حق الحبس من وسائل التنفيذ ، وهو أقرب الى الطرق المتوسطة لانه يمهد للتنفيذ دون أن يحققه • ٣ ــ ذكر التقنـين اللبنانى « حق التفريق بين مملوكين » (sépartion des patrimoines) بين الوسائل المتوسطة ، وفى هذا يقوم بعض الجدل (أنظر دى باج ٣ فقـرة ١٧٦ ص ١٩٣) • وهو على كل حال متصل بالميراث فى القانون الفرنسى ، وذكره على هذا الوصف بلانيول وريبير وردوان ، وكذلك جوسران ، وسار التقنين اللبنانى على غرار جوسران • ٤ ــ اغفل التقنين اللبنانى دعـوى الصورية ، كما اغفلها التقنين الفرنسى • ولكن هذه الدعوى معترف بها فى لبنان ، تطبيقا للقواعد العامة ولبعض نصوص تقنين أصول المحاكمـات المدنية (م ١٦٠ ــ ١٦١) ، وانظر أيضا فى الاسم المستعار (préte-nom) المادة ٧٩٩ من تقنين الموجبات والعقود (الدكتور صبحى المحمصـانى فى آثار الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٦٨ ــ ص ٧١)

المدين شيئا من ماله ، خرج هذا المال من الضمان العام ، ولا يستطيع الدائن العادى أن يتتبعه فى يد المشترى كما كان يستطيع لو أن له تأمينا خاصا على المال (١) • فعقد البيع الصادر من المدين يسرى اذن فى حق الدائن • وقد حمل ذلك بعض الفقهاء الى القول بأن الدائن يعتبر خلفا للمدين ، ما دام تصرف المدين ينقص أو يزيد فى الضمان العام (٢) • والصحيح أن الدائن العادى لا يعتبر خلفا عاما ولا خلفا خاصا للمدين • وانما هو ممن يسرى فى حقهم تصرف المدين ، باعتبار أن هذا التصرف واقعة مادية (fait matériel) أنقصت أو زادت فى ضمانه العام ، لا باعتبار أنه تصرف قانونى (acte juridique) أنشأ حقا أو التزاما فى جانبه (١) •

---

(١) وهذه هى احدى نتائج نظرية الذمة المالية (patrimoine) اذ الذمة المالية هى مجموع الحقوق الموجودة أو التى قد توجد والالتزامات الموجودة أو التى قد توجد لشخص معين • فيستلخص من ذلك أن الذمة مجموع (universalité) من المال • ويترتب على أن الذمة مجموع من المال أن يكون للدائنين حق ضمان عام هذا المجموع لا على مال معين بالذات • وهذا هو الذى يفسر أن الدائن يستطيع التنفيذ على مال للمدين لم يكن ملكا له وقت نشوء الدين ، فلما دخل فى ملكه اندمج فى المجموع وأصبح أحد عناصره • ويفسر كذلك أن الدائن لا يستطيع التنفيذ على مال كان ملك المدين وقت نشوء الدين وخرج من ملكه وقت التنفيذ ، لأن هذا المال قد انفصل عن المجموع فلم يعد محسوبا ضمن عناصره (انظر مصادر الحق فى الفقه الاسلامى للمؤلف ١ ص ١٧ هامش رقم ١ — وانظر جوسران ٢ فقرة ٦٤٩ — ٦٥٠) — ثم انظر فى رفض نظرية الذمة المالية الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٩٥ وكذلك رسالته غير المطبوعة فى نظرية الذمة المالية) •

(٢) انظر فى هذا المعنى جوسران ٢ فقرة ٦٤٩ ، وتقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٦٨ — وانظر عكس ذلك كولان وكابيتان وموارنديير ٢ فقرة ٤٢٢ •

(٣) واذا كان الخلف يسرى فى حقه تصرف السلف ، فليس كل شخص يسرى تصرف الغير فى حقه يعتبر خلفا له • وانما الخلف هو أحد الطوائف المتعددة التى يسرى تصرف الغير فى حقها • وكما يسرى التصرف فى حق الخلف ، يسرى فى حق الاصيل وفى حق المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير وفى حق الدائن ، وذلك دون أن يعتبر هؤلاء خلفا •

والضمان العام الذى للدائن يخول له أن يستأدى حقه من أموال مدينه كما قدمنا . وله أن يتخذ على هذه الأموال طرقا تحفظية وطرقا تنفيذية وطرقا هى وسط ما بين الطرق التحفظية والطرق التنفيذية . وهذه الطرق جميعا انما تترتب على هذا الضمان العام ، وتقوم على أساسه ، والغرض منها هو تأكيده وتقويته (١) .

٥٢٥ — **الطرق التحفظية والطرق التنفيذية** : والأصل أن جميع أموال المدين يجوز التنفيذ عليها ، ومن ثم يجوز أن تتخذ فى شأنها اجراءات تحفظية . على أن هناك بعضا من هذه الأموال استثناه القانون (٢) . من ذلك أموال نص القانون على عدم جواز النزول عنها للغير ، كحق الاستعمال وحق السكنى (م ٩٩٧ مدنى) ، فلا يجوز اذن التنفيذ على هذه الاموال ولا الحجز عليها . ومن ذلك أموال لا يجوز التنفيذ عليها لاسباب انسانية ترجع الى الشفقة بالمدين والرغبة فى أن يترك له الكفاف من العيش .

وقد نصت المادة ٣٠٥ من تقنين المرافعات على انه « لا يجوز الحجز على ما يلزم المدين وزوجه وأقاربه واصهاره على عمود النسب المقيمين معه فى معيشة واحدة من الفراش والثياب وكذلك ما يلزمهم من

---

(١) انظر المواد ٢٦٩ — ٢٧١ و ٢٧٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى وقد سبق ذكرها (انظر آنفا فقرة ٤٢٤ فى الهامش) .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصوصا تضع قيودا على حق الدائن فى التنفيذ على أموال مدينه ، هى المواد ٣٢٦ — ٣٣٠ من هذا المشروع . وقد حذفت هذه المواد فى لجنة مجلس الشيوخ ، اكتفاء بما جاء فى تقنين المرافعات فى هذا الشأن . ولكن تقنين المرافعات السابق لم يشتمل على هذه المواد جميعا ، بل أغفل منها المادتين الآتيتين : م ٣٢٧ من المشروع التمهيدى : اذا اثبت المدين أن صافى ما تغله أمواله من ايراد خالص فى سنة واحدة يفى بسداد الدين من أصل وفوائد ومصروفات ، وعرض أن يفوض الدائن فى استيفاء هذا الايراد ، جاز ايقاف اجراءات التنفيذ ، على أن يعود اليها الدائن اذا جد ما يحول دون استيفائه لحقه . م ٣٢٩ من المشروع التمهيدى : ١ — اذا كان بعض مال المدين يفى بحق الدائن كاملا، وجب قصر اجراءات التنفيذ على هذا المال . ٢ — ويبدأ الدائن بالمال الذى يكون بيعه أقل كلفة على المدين . (انظر هذه النصوص ومذكراتها الايضاحية وأعمالها التحضيرية فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٩ — ص ٦٤٦ فى الهوامش) .

الغذاء لمدة شهر » ونصت المادة ٣٠٦ من هذا التقنين على انه « لا يجوز الحجز على الاشياء الآتية الا لاقتضاء ثمنها أو مصاريف صيانتها أو نفقة مقرره : ١ — ما يلزم المدين من كتب وأدوات ومهمات لمزاولة مهنته أو حرفته بنفسه • ٢ — اناث الماشية اللازمة لانتفاع المدين فى معيشته هو وأسرته وما يلزم لغذاء هذه الماشية لمدة شهر » • ونصت المادة ٣٠٧ على أنه « لا يجوز الحجز على ما يحكم به القضاء من المبالغ المقررة أو المرتبة مؤقتا للنفقة أو للصرف منها فى غرض معين ولا على الاموال الموهوبة أو الموصى بها لتكون نفقة الا بقدر الربع وفاء لدين نفقة مقررة (١) » ونصت المادة ٣٠٩ على انه « لا يجوز الحجز على الاجور والمرتبات الا بمقدار الربع وعند التزاحم يخصص نصفه لوفاء دين النفقة المقررة والنصف الآخر لما عداه من الديون » • ومن ذلك أيضا قانون الخمسة افدنه (القانون رقم ٥١٣ لسنة ١٩٥٣ وقد حل محل القانون رقم ٣١ لسنة ١٩١٢) •

وفيما عدا ما تقدم ، يجوز للدائن ، بالنسبة الى أموال مدينه ، أن يتخذ الطرق التحفظية والطرق التنفيذية •

والطرق التحفظية على نوعين : ١ — طرق يتخذها الدائن بالنسبة الى حقه الذى يريد التنفيذ به ، أى يتخذه فى ماله • مثل ذلك أن يقطع التقادم بالنسبة الى هذا الحق حتى يمنعه من السقوط ، أو أن يقوم بقيد رهن ضامن للحق ، أو بتجديد لقيد هذا الرهن ، أو يطلب تحقيق امضاء مدينه على سند الدين ، أو نحو ذلك ٢ — وطرق يتخذها بالنسبة الى أموال المدين حتى يحافظ عليها من انضياع ، وهى الضمان العام لحقه كما قدمنا • مثل ذلك أن يضع الأختام عليها عند موت المدين أو افلاسه ، أو أن يحرر محضر جرد بها ، أو أن يتدخل فى اجراءات قسمة المال الشائع المملوك لمدينه (م ٨٤٢ مدنى) ، أو أن يتدخل خصما ثالثا فى الدعاوى التى ترفع من مدينه أو عليه حتى يرقب سير الدعوى

---

(١) انظر ايضا المادتين ٨٢٣ — ٨٢٤ من التقنين المدنى .

ويمنع تواطؤ المدين مع الخصم اضرارا بحقوقه (١) .

أما الطرق التنفيذية فقد تكفل ببيانها تقنين المرافعات . ولا يجوز التنفيذ الا اقتضاء لحق محقق الوجود معين المقدار حال الأداء (٢٨٠ مرافعات) . ويجب أن يسبق التنفيذ حصول الدائن على سند تنيفذى (titre exécutoire). والسندات التنفيذية هى الأحكام والأوامر والعقود الرسمية ومحاضر الصلح التى تصدق عليها المحاكم أو مجالس الصلح والأوراق الأخرى التى يعطيها القانون هذه الصفة . وقد مر بنا أن الصورة التنفيذية للأوراق الرسمية يجوز التنفيذ بها دون حاجة الى الحصول على حكم . غير أن هناك فرقا بين التنفيذ بحكم والتنفيذ بورقة رسمية . فالتنفيذ بالحكم لا يعترضه من الصعاب الا اشكالات التنفيذ المعروفة . أما اذا كان التنفيذ بورقة رسمية فيجوز للمدين ، عند المعارضة فى التنبيه (commandement) الذى يسبق التنفيذ ، أن يطعن فى هذه الورقة بالتزوير أو أن يقدم ضدها من الدفوع الشلكية والموضوعية ما يسمح به القانون ، فيرجع الأمر فى النهاية الى القضاء ، والحكم الذى يصدره القضاء هو الذى يصبح السند التنفيذى بعد ذلك (٢) .

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٩٣ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٤٥٨ — جوسران ٢ فقرة ٦٥٢ — فقرة ٦٥٣ — بلانيول وريبير وبولانجية ٢ فقرة ١٤٦٤ — فقرة ١٤٨١ .

ويدحظ أن الدائن يتخذ هذه الاجراءات التحفظية باسمه هو (proprio nomine) لا باسم المدين ، فهو يستعمل حقا مباشرا له لا حقا لمدينه . ولما كان الاجراء الذى يتخذه الدائن هو مجرد اجراء تحفظى ، فانه يجوز له اتخاذه حتى لو كان حقه مقترنا بأجل أو معلقا على شرط ، بل حتى لو كان حقه حقا احتماليا على خلاف فى الرأى (جوسران ٢ فقرة ٦٥٤) .

(٢) هذا الى انه لا يمكن بالورقة الرسمية الا تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا ، أما التنفيذ بطريق التعويض فيقتضى الحصول على حكم لتقدير التعويض اذا لم يكن مقدرا فى شرط جزائى . والتنفيذ بالورقة الرسمية لا يمنع من جواز اعطاء المدين مهلة (delai de grâce) لتنفيذ التزامه . أنظر فى كل ذلك دى باج ٣ فقرة ٩١ .

فاذا ما حصل الدائن على السند التنفيذي أمكنه التنفيذ به على أموال المدين (١) . والتنفيذ يكون عادة بالحجز على هذه الأموال وبيعها . وقد فصل تقنين المرافعات اجراءات التنفيذ على منقولات المدين (٣٥٣ — ٣٥٢ مرافعات) ، وحجز ما للمدين لدى الغير (م ٣٢٥ — ٣٥٢ مرافعات) ، والتنفيذ على عقارات المدين (م ٤٠١ — ٤٥٨ مرافعات) . ثم نظم التقنين أيضا اجراءات توزيع ما ينتج من حجز أموال المدين وبيعها على الدائنين ، سواء كان ذلك عن طريق التقسيم بالمحاصة أو عن طريق التوزيع بحسب درجات الدائنين (٤٦٩ — ٤٨٦ مرافعات) .

(١) ويوجد الى جانب الحجوز التنفيذية ، حجوز تحفظية وهذه لا تقتضى الحصول على سند تنفيذى . ومن أهم الحجوز التحفظية حجز ما للمدين لدى الغير حجزا تحفظيا . وتوجد حجوز تحفظية اخرى تكفل بيانها تقنين المرافعات . وقد نصت المادة ٣١٦ من هذا التقنين على أن « للدائن ان يوقع الحجز التحفظى على منقولات مدينة فى الاحوال الآتيه : ١ — اذا كان حاملا لكمبيالة أو سند تحت الاذن وكان المدين تاجرا له توقيع على الكمبيالة او السند يلزمه بالوفاء بحسب قانون التجارة . ٢ — فى كل حالة يخشى فيها فقد الدائن لضمان حقه » . ونصت المادة ٣١٧ على أن « لمؤجر العقار ان يوقع فى مواجهة المستاجر او المستاجر من الباطن الحجز التحفظى على المنقولات والثمرات والمحصولات الموجودة بالعين المؤجرة وذلك ضمانا لحق الامتياز المقرر له قانونا . ويجوز له ذلك اذا كانت تلك المنقولات والثمرات والمحصولات قد نقلت بدون رضائه من العين المؤجرة ما لم يكن قد مضى على نقلها ثلاثون يوما » . ونصت المادة ٣١٨ على أن لمالك المنقول أن يوقع الحجز التحفظى عليه عند حائزه » . ونصت المادة ٣١٩ على ان « لا يوقع الحجز التحفظى فى الاموال المتقدمة الا اقتضاء لحق محقق الوجود وحال الاداء . واذا لم يكن بيد الدائن سند تنفيذى أو حكم غير واجب النفاذ او كان دينه غير معين المقدار ، فلا يوقع الحجز الا بأمر من قاضى التنفيذ يأذن فيه بالحجز ويقدر دين الحاجز تقديرا مؤقتا . ويطلب الامر بعريضة مسببه ، ويجب فى الحالة المذكورة فى المادة السابقة أن تشتمل العريضة على بيان واف للمنقولات المطلوب حجزها .. » ونصت المادة ٣٢٢ على انه « اذا حكم بصحة الحجز تتبع الاجراءات المقررة للبيع فى الفصل الاول من الباب الثالث أو يجرى التنفيذ بتسليم المنقول فى الحالة =

٥٣٦ – طرق وسطى ما بين التحفظية والتنفيذية : قدمنا أن هناك طرقا وسطا ما بين التحفظية والتنفيذية . فلا هى مقصورة على مجرد التحفظ على أموال المدين كما هو الأمر فى الطرق التحفظية ، ولا هى تؤدى مباشرة الى استيفاء الدائن حقه كما هو الأمر فى الطرق التنفيذية. بل هى بين بين . فهى أقوى من الطرق التحفظية اذ هى تمهيد للتنفيذ ، وهى أضعف من الطرق التنفيذية اذ أن التنفيذ يعقبها دون أن تستغرقه (١) .

وهذه الطرق ترد جميعها الى أصل واحد ، هو المبدأ العام الذى تقدم ذكره من أن جميع أموال المدين ضامنة لالتزاماته . فهذا الضمان العام يخول للدائن أن يرقب أموال المدين ، ما دخل منها فى ذمة المدين وما خرج ، حتى يأمن على ضمانه من أن ينقصه غش المدين أو تقصيره. وهذه الطرق من مباحث القانون المدنى لا من مباحث قانون المرافعات ، لأنها تتفرع مباشرة عن مبدأ الضمان العام للدائنين كما سبق القول .

وقد عدد التقنين المدنى الجديد منها خمسة : دعاوى ثلاثا وطريقين آخرين استحدثهما هذا التقنين .

أما الدعاوى الثلاث فهى الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية . ففى الأولى يدفع الدائن عن نفسه نتائج تهاون المدين أو غشه اذا سكت هذا عن المطالبة بحقوقه لدى الغير ، فيباشر الدائن بنفسه حقوق مدينه نيابة عنه بالدعوى غير المباشرة ، بذلك يحافظ على ضمانه العام تمهيدا للتنفيذ بحقه بعد ذلك . وفى الثانية –

= المشار اليها فى المادة ٣١٨ » . ونصت المادة ٣٢٤ على انه « اذا حكم ببطلان الحجز التحفظى او بالغائه لانعدام اساسه جاز الحكم على الحاجز بغرامة لاتجاوز عشرين جنيها فضلا عن التعويضات للمحجوز عليه » .

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٩٣ ص ٢٢٧ – جوسران ٢ فقرة ٦٥٩ – دى باج ٣ فقرة ١٧٧ .

الدعوى البولصية — يدفع الدائن عن نفسه نتائج غش المدين اذا عمد هذا الى التصرف فى ماله اضرارا بحق الدائن ، فيطعن الدائن فى هذا التصرف ليجعله غير نافذ فى حقه ، فيعود المال الى الضمان العام تمهيدا للتنفيذ عليه . وفى الثالثة — دعوى الصورية — يدفع الدائن عن نفسه نتائج غش المدين أيضا اذا عمد هذا الى التظاهر بالتصرف فى ماله ليخرجه من الضمان العام بتصرف صورى ، فيطعن الدائن فى هذا التصرف بالصورية حتى يكشف عن حقيقته ، ويستبقى بذلك مال المدين فى ضمانه العام تمهيدا للتنفيذ عليه بحقه . فللدائن فى هذه الدعاوى الثلاث اما أن يبقى فى ضمانه العام ما كاد أن يخرج بالدعوى غير المباشرة ، واما أن يعيد ما خرج بالدعوى البوليصية ، واما أن يستبقى ما لم يخرج الا ظاهرا بدعوى الصورية . ونرى من ذلك أن هذه الدعاوى الثلاث تتركز كلها فى فكرة الضمان العام للدائنين (١) .

وهناك طريق رابع استحدث فيه التقنين المدنى تجديدا ، هو حق الدائن فى حبس مال المدين . وهذا أيضا اجراء ما بين التحفظى

---

(١) وكان المشروع التمهيدى يشتمل على نص ، هو المادة ٣١٣ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « يجوز للدائن ، بما له من الحق على أموال مدينه ، أن يستعمل حقوق هذا المدين . وله أيضا أن يطعن فى تصرفاته اذا انطوت على الغش أو كانت صورية . وعليه أن يراعى فى كل القواعد المنصوص عليها فى المواد الآتية » . وجاء فى المذكرة الايضاحية فى صدد هذا النص : « يترتب على ضمان أموال المدين لحقوق دائنيه ، وفقا للمبدأ الذى تقدمت الاشارة اليه ، اثر عملى بالغ الاهمية . وهذا الأثر بذاته يعتبر بمنزلة الاصل والعلة من دعاوى ثلاث ، شرعت لتتيح لكل دائن من الدائنين أن يدرا عن حقوقه ما قد ينالها من جراء اهمال المدين أو سوء نيته : وهى الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية فالدائن اذا استعمل حقوق مدينه ، أو طعن فى تصرفاته المعقودة اضرارا به ، حقيقة كانت تلك التصرفات أو صورية ، لاينتهى نشاطه الا الى المحافظة على أموال هذا المدين ، وهى قوام ما كفل له القانون من ضمان » .

وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص ، لأنه مجرد تعداد لما سيأتى (أنظر فى كل ذلك مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٧ هامش رقم ١) .

والتنفيذى . فهو أقوى من التحفظى لأن الدائن انما يتخـذه تمهيـدا للتنفيذ بحقه ، وهو أضعف من التنفيذى لأن الدائن لا يستطيع الوقوف عند حبس مال المدين ليستوفى حقه بل عليه بعد ذلك أن يتخذ اجـراءات التنفيذ على المال المحبوس .

ويلاحظ أن هذة الطرق الأربعة — الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية والحق فى الحبس — كلها اجراءات فردية ، يتخذها كل دائن بمفرده ولحسابه الشخصى . ثم هى اجراءات ليس من شأنها أن تغل يد المدين عن ماله ، فلا يزال المدين يسـتطيع التصرف فيه ، ومباشرة جميع حقوقه عليه .

والطريق الخامس هو أيضا اجـراء فردى ، يتخـــذه أى دائن بمفرده ، ولكنه اجراء من شأنه أن يغل يد المدين عن ماله ، وذلك هـــو اشهار اعسار المدين . فقد تكفل التقنين الجديد — على خلاف التقنين السابق وأكثر التقنينات اللاتينية — بتنظيم اجراءات هذا الاعســار ، حتى يستطيع الدائن من وراء ذلك أن يستوفى حقه من أموال مدينه دون أن يخشى غش المدين أو تهاونه . فاجراءات الاعسار هى أيضا تقــوم على فكرة الضمان العام للدائنين ، وهى اجراءات أقوى من الاجراءات التحفظية اذ هى تغل يد المدين عن التصرف فى ماله ، وأضــعف من الاجراءات التنفيذية اذ لا تكفى وحدها للوفاء بحق الدائن ، بل لابد للدائن من اتخاذ اجراءات تنفيذية لاستيفاء هذا الحق من أموال المدين الذى شهر اعساره .

فنبحث اذن فى فصول متعاقبة هذه الطرق الخمسة :

(١) الدعوى غير المباشرة (action oblique, indirecte) ونذيلها بالدعوى المباشرة (action directe).

(٢) الدعوى البوليصية (action paulienne, révocatoire).

(٣) دعوى الصورية (action en simulation).

(٤) الحق فى الحبس (droit de rétention).

(٥) الاعسار (déconfiture).

الفصـــل الأول



الدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة

(Action oblique, indirecte, subrogatoire — Action directe)

٥٢٧ ــ خطة البحث : نبحث : (أولا) شروط الدعــــــوى غير المباشرة (ثانيا) ما يترتب عليها من آثار . (ثالثا) الدعوى المباشرة .

الفــرع الاول

شروط الدعوى غير المباشرة

٥٢٨ ــ النصوص القانونية : تنص المادة ٢٣٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ ــ لكل دائن ، ولو لم يكن حقه مستحق الأداء ، أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين ، الا ما كان متصلا منها بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز » .

« ٢ ــ ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا ، الا اذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق ، وأن عدم استعماله لها مــن شأنه أن يسبب اعساره أو أن يزيد فى هذا الاعسار . ولا يشترط اعذار

(*) مراجع فى الدعوى غير المباشرة : لابيه (Labbé) فى استعمال الدائن لحقوق المدين (مقال فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٥٦ ــ بســــك (Bosc) بحث فى حق الدائنين فى استعمال دعاوى مدينهم رسالة من اكس سنة ١٩٠٢ ــ دبييه (Dubey) فى الدعوى غير المباشرة رسالة من ديجون سنة ١٩٣٦ .

المدين لاستعمال حقه ، ولكن يجب ادخاله خصما فى الدعوى (١) » .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٤١/٢٠٢ (٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الاخرى : فى التقنين المدنى . . . . .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٣١٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد ، فيما عدا عبارة « وان عدم استعماله لها » الواردة فى الفقرة الثانية فقد كانت فى المشروع التمهيدى « وان اهماله فى ذلك » . وفى لجنة المراجعة استبدلت العبارة الاولى بالعبارة الثانية ، واصبح رقم المادة ٢٤٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٧ و ص ٦٠٩ — ص ٦١٠) .

(٢) كانت المادة ١٤١/٢٠٢ من التقنين المدنى السابق تجرى على الوجه الآتى : « لا تترتب على المشارطات منفعة لغير عاقديها ، الا لمداينى العاقد ، فانه يجوز لهم بمقتضى ما لهم من الحق على عموم أموال مدينهم أن يقيموا باسمه الدعاوى التى تنشأ عن مشارطاته أو عن اى نوع من انواع التعهدات ما عدا الدعاوى الخاصة بشخصه » .

وشروط الدعوى غير المباشرة فى التقنين المدنى الجديد لم تتغير عما كانت عليه فى التقنين المدنى السابق . ولكن نص التقنين الجديد اشد دقة واوسع تفصيلا من الوجوه الآتية : ١ — لم يجعل التقنين الجديد ، كما فعل التقنين السابق ، الدعوى غير المباشرة استثناء من قاعدة عدم سريان العقد فى حق الغير . وجعلها استثناء من هذه القاعدة خطأ واضح ، وقع فيه التقنين السابق على غرار التقنين المدنى الفرنسى . ٢ — قصر التقنين السابق حقوق المدين التى يستعملها الدائن على الدعاوى التى تنشأ عن المشارطات أو عن اى نوع من أنواع التعهدات ، والصحيح أن الدائن له أن يستعمل جميع حقوق المدين ، شخصية كانت أو عينية ، دعاوى أو حقوقا أو مجرد اجراءات كما سنرى . ٣ — جاء التقنين الجديد اكثر تفصيلا لشروط الدعوى غير المباشرة ، فنص صراحة على وجوب أن يثبت الدائن أن المدين لم يستعمل حقوقه ، وأن عدم استعماله لها (وهذا كاف لاثبات الاهمال) من شأنه أن يسبب اعساره أو أن يزيد فى هذا الاعسار واستبعد بنص صريح من شروط الدعوى غير المباشرة اعذار المدين وان يكون حق الدائن مستحق الأداء ، لكنه اشترط ادخال المدين خصما فى الدعوى (انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٨ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٣) .

السورى المادة ٢٣٦ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢٦١ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٣٨ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢٧٦ الفقرات ١ و ٢ و ٣ (١) ، وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٣٠٨ ، وفى التقنين المدنى الاردنى المادة ٣٦٦ .

٥٢٩ — الفكرة الاساسية فى شروط الدعوى غير المباشرة هى وجود مصلحة مشروعة للدائن : ويبين النص المتقدم الشروط الواجب توافرها لاستعمال الدعوى غير المباشرة . والفكرة الأساسية التى

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م٢٣٦ (مطابقة للمادة ٢٣٥ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٧٦١ (مطابقة للمشروع التمهيدى للمادة ٢٣٥ من التقنين المدنى المصرى — ولا فرق فى الحكم) .

التقنين المدنى الليبى م ٢٣٨ (مطابقة للمادة ٢٣٥ من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٧٦ فقرات ١ و ٢ و ٣ : يحق للدائنين أن يستعملوا باسم مديونهم جميع الحقوق وأن يقيموا جميع الدعاوى المختصة به ، ماخلا الحقوق والدعاوى المتعلقة بشخصه دون سواه ، ولا سيما الحقوق والدعاوى التى يخرج موضوعها عن دائرة ارتهانهم — غير انهم لا يستطيعون أن يتذرعوا بهذا الامتياز ليقوموا مقامه فى ادارة مملوكة ، فهو يبقى متسلما زمام ادارته بالرغم من سوء حالة اشغاله — ويجوز للدائنين ان يداعوا مباشرة عن مديونهم بدون أن يجروا مقدما أية معاملة للحلول محله فى الحقوق والدعاوى المختصة به ، وان كانوا لا يملكون سندا تنفيذيا ، ولكنهم لا يستطيعون الشروع فى تلك المداعاة الا اذا كان دينهم مستحق الأداء .

ولا فرق فى الأحكام ما بين التقنينين اللبنانى والمصرى — رغم اختلاف العبارة والأسلوب — الا فى شىء واحد : صرح التقنين المصرى ان الدائن يستعمل حقوق مدينه ولو لم يكن حقه هو مستحق الأداء ، وصرح التقنين اللبنانى ، على النقيض من ذلك ، أن الدائن يجب أن يكون حقه مستحق الأداء حتى يستطيع أن يستعمل حقوق مدينه (أنظر فى شرح التقنين اللبنانى الدكتور صبحى المحمصانى فى آثار الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٥٥ — ص ٦٠) .

التقنين المدنى الكويتى م ٣٠٨ (مطابقة للمادة ٢٣٥ من التقنين المدنى المصرى مع اختلاف طفيف فى الصياغة) .

التقنين المدنى الأردنى م ٣٦٦ (مطابقة للمادة ٢٣٥ من التقنين المدنى المصرى) .

ترد اليها هذه الشروط جميعا هى وجود مصلحة مشروعة للـــدائن . ومصلحة الدائن المشروعة هى التى تبرر نيابته عن المدين ، وهذه هـى الفكرة الأساسية الأخرى التى ترد اليها آثار الدعوى غير المباشرة . فعلى هاتين الفكرتين الأساسيتين – وجود مصلحة مشروعة للدائـــن ونيابة الدائن عن المدين – تدور جميع القواعد المتعلقة بالدعوى غـير المباشرة .

وشروط الدعوى غير المباشرة بعضها يرجع الى الدائن ، وبعضها يرجع الى المدين ، وبعضها يرجع الى الحق الذى يستعمله الدائن باسم المـــدين .

المبحث الأول

الشروط التى ترجع الى الدائن

٥٣٠ – لا يشترط فى الدائن الا أن يكون له حق موجود : الشرط الوحيد فى الدائن هو أن يكون له حق موجود (certain) ، وهذا هو أدنى المراتب فى الدائن ، فلو كان حقه احتماليا (éventuel) كحق الوارث قبل موت المورث ، أو كان حقه غير خال من النـــزاع (litigieux) فان دائنيته لا تكــون محققة . ومن ثم لا يســتطيع استعمال حقوق مدينه الا اذا انقلب حقه المحتمل الى حق موجــود ، أو أصبح حقه المتنازع فيه خاليا من النزاع (١) .

ويلاحظ أن حق الدائن اذا كان مقرونا بأجل أو معلقا على شرط – سواء كان الاجل أو الشرط فاسخا أو واقفا – فانه يكون مـــع ذلك موجودا ، فيجوز للدائن استعمال حقوق مدينه . أما الحق المقـــرون

---

(١) بأن سلم المدين أو الخصم المرفوع عليه الدعوى باسم المـدين بحق الدائن ، أو نازعا فيه ونفض للقضاء هذا النزاع لمصلحة الدائن (قارب استئناف مختلط ١٥ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦) .

بالأجل فظاهر ، لان الحق يكون موجودا بالرغم من قيام الأجل ، والأجل انما ينصب على استحقاق الأداء دون وجود الحق ذاته . وأما الحق المعلق على شرط ، ولو كان الشرط واقفا ، فانه ليس بالحق الاحتمالى ، بل هو حق له وجود قانونى يعتد به ، فيجوز لصاحبه أن يستعمل حقوق مدينه . والحق المؤجل أو المعلق على شرط حق موجود، وان كان غير مستحق الأداء ، وأستحقاق الاداء ليس بشرط كما سنرى (١) .

٥٣١ ــ فلا يشترط فى حق الدائن أن يكون قابلا للتنفيذ أو مستحق الاداء أو معلوم المقدار : انعقد اجماع القضاء والفقه فى فرنسا ، وكذلك فى مصر فى عهد التقنين المدنى السابق ، على أنه يشترط فى الدائن حتى يستعمل حقوق مدينه أن يكون حقه هو مستحق الأداء (٢) (exigible) وقد كنا فى عهد التقنين المدنى

---

(١) وقد يقال انه لا محل فى الدعوى غير المباشرة للكلام فى الحق المؤجل ، فأن هذا الحق بحكم أعسار المدين ــ والاعسار شرط فى الدعوى غير المباشرة ــ يصبح مستحق الأداء ، اذ الأعسار يسقط الاجل . وهذا يكون صحيحا لو أن الأعسار الذى يسقط الأجل هو نفس الاعسار المشروط فى الدعوى غير المباشرة . ولكننا سنرى أن الأجل لا يسقط الا بشهر اعسار المدين بشروط واجراءات معينة وبمقتضى حكم يصدر بشهر الاعسار ، أما الاعسار فى الدعوى غير المباشرة فيكفى لتحققه أن تزيد ديون المدين على حقوقه دون حاجة الى صدور حكم بذلك .

وقد قضت محكمة النقض ان مفاد المادة ٣٨٧ من القانون المدنى أن للدائن استعمال حق مدينهم فى التمسك بالتقادم ليصلوا بذلك الى ابعاد الدائن الذى تقادم حقه عن مشاركتهم فى قسمة أموال المدين . ويشترط لاستعمال الدائن حقوق مدينة وفقا للمادة ٢٣٥ مدنى أن يكون دينه فى ذمة المدين محقق الوجود على الاقل ، فان كان ذلك الدين محل نزاع فانه لا يعد محقق الوجود الا اذا فصل القضاء بثبوته (نقض مدنى فى ٣١ من ديسمبر سنة ١٩٦٤ ــ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ رقم ١٨٠ ص ١٢٤٨) .

(٢) وقد بسطنا هذا الرأى فى كتابنا « نظرية العقد » على الوجه الآتى : « ولكن الراى السائد فى فرنسا وفى مصر (فى عهد التقنين المدنى =

السابق لا نذهب الى ماذهب اليه الجمهور فى هذه المسألة ، وكنا نـرى أنه لايشترط فى استعمال الدائن لحقوق مدينه أن يكون حقه مستحق

= السابق) غير ذلك كما قدمنا . وهو يقضى بأن يكون الحق مستحق الأداء ، أى انه يكون خاليا من النزاع مقدرا حالا ، ولا يكفى خلوه من النزاع . وهذا الرأى يستخلصه الفقهاء عامة من مناقشة طبيعة الدعوى غير المباشرة ، وهل تدخل هذه الدعوى فى الاجراءات التحفظية أو فى الاعمال التنفيذية ؟ ويخلصون من هذه المناقشة الى انها ليست من الأعمال التنفيذية لأن الدائن وهو يستعملها لا ينفذ على أموال مدينه . وهى ليست كـذلك من الاجراءات التحفظية ، لأن الدائن يتدخل فى شؤون المدين ، ويزيد فى ما له فى بعض الفروض ، ولايكتفى بالمحافظة على الموجود منه فى الحالة التى هو عليها كما هو الامر فى الاجراءات التحفظية . فالدعوى غير المباشرة اذن هى بين بين ، فهى أقوى من اجراء تحفظى وأضعف من عمل تنفيذى . ولذلك لا يكفى فى الدائن أن يكون حقه خاليا من النزاع كما يكفى ذلك فى الاجراءات التحفظية ، ولايشترط أن يكون حقه قابلا للتنفيذ كما يشترط ذلك فى الأعمال التنفيذية . بل يجب ان يكون الحق مستحق الأداء ، حتى يرتفع عن مرتبة الاجراءات التحفظية دون أن يسمو الى مرتبة الاعمال التنفيذية . والأهمية العملية لهذا الرأى أن هناك دائنين حقوقهم خالية من النزاع ولكنها غير مقدرة ، كدائن بتعويض لم يتم تقديره ، أو هى غير مستحقة الأداء ، كدائن حقه معلق على شرط موقف أو مقرون بأجل موقف، يكونون طبقا لما تقدم غير قادرين على استعمال حقوق مدينهم » (نظرية العقد فقرة ٧١٧ ص ٧٥٥) . راجع أيضا مازو دروس فى القانون . الجزء الثانى فقرة ٩٦٩ .

أنظر : ديمولومب ٢٥ فقرة ١٠٠ — فقرة ١٠١ — لوران ١٦ فقرة ٣٧٣ . وانظر أيضا تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٧٦ فقرة ٣ ، وهى ١٨٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٢٩ — ديموج ٧ فقرة ٩٦٢ وفقرة ٩٨٦ ص ٣٦١ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٢ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٢٦ وقارن فقرة ٦٢٧ — جوسران ٢ فقرة ٦٦٩ — نقض فرنسى ٢٦ يوليه سنة ١٨٥٤ داللوز ٥٤ — ١ — ٣٣ — ٢٥ مارس سنة ١٩٢٤ سيريه ٢٤ — ١ — ٦٧ — دى هلتس ١ لفظ (créancier) فقرة ٩ — هالتون ١ ص ٣٤٠ — والتون ٢ ص ٩٨ — محمد صالح فقرة ٥٩ — فتحى زغلول ص ٣٧٣ . وانظر أيضا تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٧٦ فقرة ٣ ، وهى تشترط صراحة أن يكون حق الدائن مستحق الاداء ، وقد تقدمت الاشارة الى ذلك .

ولا يشترط أن يكون حق الدائن ثابتا فى سند تنفيذى ، فالدعوى غير المباشرة ، وان كانت تمهد للتنفيذ على مال المدين ، الا أنها ليست بـذلك اجراء من اجراءات التنفيذ،راجع اسماعيل غانم المرجع السابق فقرة ٦٢.

الأداء أو معلوم المقدار (١) . ويقول بهذا الرأى فى فرنسا - على خلاف الاجماع - الاستاذان كولان وكابيتان ، فهما يذهبان الى أنه يكفى أن يكون حق الدائن خاليا من النزاع ، وهذا هو الشرط الوحيد الذى تقتضيه القواعد العامة . والدائن الذى يكون حقه غير معلوم المقدار - كالمضرور فى عمل غير مشروع - أو يكون حقه غير مستحق الأداء - كالدائن لأجل أو بشرط - له مصلحة مشروعة فى استعمال حقوق مدينه (٢) .

ومهما يكن من شك فى هذه المسألة فى عهد التقنين المدنى السابق، فقد أزال التقنين المدنى الجديد كل شك ، اذ ذكر صراحة فى المادة ٢٣٥ أنه لا يشترط فى الدائن أن يكون حقه مستحق الأداء (٣) . وما دام لايشترط فى الحق أن يكون مستحق الأداء ، فلا يشترط فيه كذلك أن يكون معلوم المقدار ، ومن باب أولى لايشترط فيه أن يكون ثابتا فى سند قابل للتنفيذ (٤) .

٥٣٢ - وأى دائن حقه موجود يستطيع استعمال حقوق مدينه :
يخلص مما تقدم أن الشرط الوحيد الواجب توافره فى الدائن

---

(١) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٧ ص ٧٥٥ - ص ٧٥٦ - انظر أيضا فى هذا المعنى : عبد السلام ذهنى فقرة ٣٣٠ - محمد صادق فهمى فقرة ٤٥٤ - أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٢٧ ص ٤٧٠ - استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦٨ .

(٢) كولان وكابيتان موراندير ٢ فقرة ٤٣٥ ص ٣١٧ - ويذهب أوبرى ورو الى عدم اشتراط استحقاق الدين اذا كان الغرض الوحيد من رفع الدعوى غير المباشرة هو مجرد المحافظة على أموال المدين (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨٠ - ص ١٨١ - ونظر أيضا بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٢٧ - وانظر المادة ١٠٦ من المشروع الفرنسى الايطالى وهى تخول للدائن المقترن حقه بأجل أن يستعمل الدعوى غير المباشرة) .

(٣) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٣ - ص ٦٠٤ وص ٦٠٨ - ص ٦٠٩ .

(٤) استئناف مصر ٢٣ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ٤٢٠ ص ٩١١ - الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٠٣ ص ١٣٢ .

هو أن يكون حقه موجودا . وأى دائن حقه موجود يستطيع استعمال حقوق مدينـــه .

لا فرق فى ذلك بين دائن عادى أو دائن مرتهن أو دائن له حـــق امتياز (١) . ويلاحظ أن الدائن اذا كان له تأمين عينى — رهن أو امتياز أو نحو ذلك فانه يثبت له بذلك صفتان : (أولا) صفته باعتباره ذا تأمين عينى ، وهو من هذه الناحية يتركز حقه فى العين محل التأمين فيكون له عليها حق تقدم وحق تتبع ، (ثانيا) صفته باعتباره دائنا شخصيا ، وهو من هذه الناحية تنطبق عليـــه ما ينطبق عـــلى ســـائر الدائنين الشخصيين . فالدائن المرتهن مثلا يتكون ضمانه من عنصرين : الشىء المرهون وهو ضمان خاص له ، وبقية أموال المدين وهى ضمان عـــام له ولسائر الدائنين ، فيتأثر بعقود مدينه التى تزيد فى هذه الأموال أو تنقص منها ، فله اذن أن يستعمل حقوق مدينه وأن يطعن فى تصرفاته بالدعوى البوليصية ودعوى الصورية ، شأنه فى ذلك شأن كل دائـــن شـــخصى (٢) .

ولا فرق كذلك بين دائن حقه نقد ودائن حقه عين ودائن حقـــه عمل أو امتناع عن عمل ، فـــالكل سواء فى استعمال حقوق المدين (٣) .

---

(١) استئناف مختلط ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٢٦ .

(٢) نظرية العقد للمولف فقرة ٧٠٩ ص ٧٤٦ هامش رقم ٢ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كان من يشترى عقارا بعقد غير مسجل يعتبر دائنا للبائع فى التزامه بنقل الملكية الناشىء عن عقد البيـــع غير المسجل ، كان له الحق قانونا فى أن يرفع باسم البائع له الدعوى عـــلى من اشترى منه هذا البائع الاطيان التى باعها بعقد هو أيضا غير مسجل ، طالبا اليه تنفيذ التزامه بنقل الملكية ، أو بعبارة أخرى أن يطلب الحـــكم بصحة عقد البيع الصادر لهذا البائع توطئة للحكم بصحة عقده هو (نقض مدنى ٦ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩ ص ٣١٧ — ٢٠ ابريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٢ ص ٣٣٠) . وقضت محكمـــة الاستئناف المختلطة بأن المشترى الذى يستحق المبيع فى يده له أن يستعمل حق مدينه البائع فى الرجوع بالضمان على بائع (٩ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠ — ٩ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٤) .

ولا فرق أخيرا بين ما اذا كان مصدر هذا الحق تصرفا قانونيا أو واقعة مادية ، فالبائع دائن بالثمن ، والمضرور دائن بالتعويض ، والمفتقر دائن للمثرى بلا سبب ، وكل هؤلاء يجوز لهم أن يستعملوا حقوق مدينيهم (١) .

٥٢٣ - ولايشترط أن يكون حق الدائن سابقا على حق المدين : وليس من الضرورى أن يكون حق الدائن سابقا على حق المدين الذى يستعمله الدائن ، وذلك بخلاف الدعوى البوليصية حيث تشترط أسبقية حق الدائن على تصرف المدين المطعون فيه . وذلك أنه فى الدعوى البوليصية ، كما سنرى ، لا يكون تصرف المدين ضارا بالدائن الا اذا كان هذا التصرف قد صدر من المدين بعد ثبوت حق الدائن . أما فى الدعوى غير المباشرة ، فانه سواء كان حق المدين الذى يستعمله الدائن قد ثبت بعد ثبوت حق الدائن أو قبل ذلك ، فهو فى الحالتين داخل فى الضمان العام للدائن ، وله اذن أن يستعمله باسم المدين (٢) .

كذلك للدائن أن يطعن باسم المدين بالبطلان أو بالفسخ أو بنحو ذلك فى عقود صدرت من المدين ، حتى لو كانت هذه العقود قد صدرت قبل ثبوت حق الدائن (٣) .

وينبنى على ما تقدم أنه لايشترط أن يكون لحق الدائن تاريخ ثابت ، فسواء تقدم هذا التاريخ أو تأخر ، فان هذا لايمنعه من استعمال حقوق مدينه (٤) .

---

(١) ديموج ٧ فقرة ٩٦ .

(٢) لوران ١٦ فقرة ٣٩٦ - ديمولومب ٢٥ فقرة ٩٩ - بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣٠ - ديموج ٧ فقرة ٩٦٠ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٤ - جوسران ٢ فقرة ٦٧٠ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٧ ص ٧٥٦ هامش رقم ٢ .

(٣) لوران ١٦ فقرة ٣٩٦ - ديمولومب ٢٥ فقرة ٩٩ - بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣٠ .

(٤) لوران ١٦ فقرة ٣٩٦ - ديمولومب ٢٥ فقرة ٩٩ - بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣٠ ص ٦٣٧ هامش رقم ١ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٧ ص ٧٥٦ هامش رقم ٢ .

٥٣٤ — ولا يشترط ألا يكون للدائن طريق آخر سوى الدعوى غير المباشرة : وليست الدعوى غير المباشرة دعوى احتياطية (action subsidiaire) لا يجوز للدائن أن يلجأ اليها الا اذا لم يكن أمامه طريق آخر (١) . بل يصح أن يكون للدائن طرق شتى ، فيعدل عنها الى الدعوى غير المباشرة .

قد يكون للدائن دعوى مباشرة يستطيع أن يستغنى بها عن الدعوى غير المباشرة ، كالمشترى من المشترى يستطيع أن يرفع دعوى ضمان مباشرة على البائع باعتبار أن هذه الدعوى انتقلت اليه من سلفه من الشيء المبيع ، ولكن هذا لايمنعه من رفع دعوى الضمان على البائع باسم المشترى مدينه (٢) .

كذلك للمؤجر أن يرفع دعوى مدينه المستأجر على المتنازل له عن الايجار أو المستأجر من الباطن لاستيفاء الأجرة ، ولو أن له أن يرفع دعوى مباشرة على كل من هذين (٣) .

وقد يستعمل المحال له حق المحيل قبل المحال عليه مع أن له دعوى مباشرة (٤) .

---

(١) كذلك لا يستطيع الخصم فى الدعوى غير المباشرة ان يطلب من الدائن تجريد المدين قبل أن يستعمل باسمه حقه (ديموج ٧ فقرة ٩٦٩) .

(٢) استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٥ — ٩ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠ .

(٣) أنظر المادة ٥٩٦ من التقنين المدنى — كتاب الايجار للمؤلف فقرة ٤٢٧ — محكمة مصر المختلطة الابتدائية ١٢ يناير سنة ١٩٢٨ جازيت ١٩ رقم ٢٦٤ ص ٢٦٥ — لوران ١٦ فقرة ٣٨٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣١ — ديموج ٧ فقرة ٩٦٩ — عكس ذلك بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١١ .

(٤) ولكن ذلك يكون فى الغالب — وفى عهد التقنين المدنى السابق — اذا لم تتم الحوالة بقبول المحال عليه فى التقنين الأهلى ، فعند ذلك يلجأ المحال له الى الدعوى غير المباشرة (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٢ رقم ٢٦١ ص ٢٢٧) .

ولا يشترط أيضا فى رفع الدعوى غير المباشرة أن يقوم الدائن باجراءات كان على المدين أن يقوم بها لو باشر الدعوى بنفسه ، كما إذا كان المدين قاصرا ووجب عليه أخذ اذن من دائرة الاحوال الشخصية أو الحصول على أجازة الولى أو الوصى . فما دام الدائن كامل الأهلية ، فانه يستطيع أن يرفع الدعوى دون القيام بشىء من هذه الاجراءات . ولكن لما كان لابد من ادخال المدين فى الدعوى كما سنرى ، فانه يجب اتخاذ هذه الاجراءات عند ادخاله (١) .

٥٣٥ — ولا يشترط أن يحصل الدائن على اذن من القضاء بحلوله محل المدين : كذلك لايشترط أن يحصل الدائن من القضاء على اذن بحلوله محل المدين . ذلك أن نيابته عن المدين انما يستمدها من القانون كما سنرى ، فهو فى غير حاجة الى أن يستمد نيابته من القضاء (٢) . هذا الى أن الاذن القضائى بالحلول لم يرد فيه نص (٣) ، وطبيعة

(١) ديمولومب ١٥ فقرة ١٠٩ — هيك ٧ فقرة ٢٠٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٣ — تارن دى بساج ٣ فقرة ١٩٦ — عكس ذلك لوران ١٦ فقرة ٣٨٧ — هذا ولاشك فى أن عدم قيام الدائن بالاجراءات التى كان على المدين أن يتخذها لو باشر الدعوى بنفسه يخالف مبدأ نيابة الدائن عن المدين ، فمن مقتضيات النيابة البحث من الأهلية فى شخص الأصيل وهو هنا المدين لا فى شخص النائب وهو الدائن . ولكننا أمام نيابة قانونية من نوع خاص ، يميزها انها نيابة فى مصلحة النائب لا فى مصلحة الأصيل ، وقد اقتضت هذه النيابة دخول الاصيل فى الدعوى مع النائب وهذا أيضا يخالف المبادىء المعروفة فى النيابة (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٥٤ هامش رقم ٥) .

(٢) لوران ١٦ فقرة ٣٩٧ — ديمولومب ٢٥ فقرة ١٠٦ — بودرى وبادر ١ فقرة ٦٣٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٤ — ديموج ٧ فقرة ٩٦٥ — جوسران ٢ فقرة ٦٧٠ — أنظر عكس ذلك كوليه دى سانتير ٥ فقرة ٨١ مكررة — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٢ هامش رقم ٤ (ولكنهما — ص ١٨٠ و ص ١٨٢ — لايشترطان الاذن بالحلول اذا كان الغرض الوحيد من الدعوى غير المباشرة مجرد المحافظة على أموال المدين) .

(٣) وذلك كالنص الذى ورد فى المادة ٧٨٨ من التقنين المدنى الفرنسى ، وهى تقضى بوجوب حصول الدائن على اذن قضائى للحلول محل مدينه فى قبول ميراث لهذا المدين (أنظر بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣٤ ص ٦٤٠) .

الدعوى لا تقتضيه (١) ، ومن ثم لا ضرورة لاذن قضائى بالحلول اذا أراد الدائن أن يوقع باسم مدينه حجزا تحفظيا على ما لمدين مدينه لدى الغير (٢) .

وقد خلص لنا مما تقدم أنه لايشترط فى الدائن الا أن يكون حقه موجودا . وغنى عن البيان أن هذا الحق يجب أن يبقى موجودا مادام الدائن يستعمل حقوق مدينه ، فاذا وفى الخصم فى الدعوى غير المباشرة للدائن حقه ، فقد هذا صفته كدائن ولم تعدله مصلحة فى الاستمرار فى استعمال حقوق مدينه (٣) .

المبحث الثانى

الشروط التى ترجع الى المدين

٥٣٦ — شروط ثلاثة يجب توافرها فى المدين : الأصل فى استعمال الدائن لحقوق مدينه هو أن يكون له فى ذلك مصلحة مشروعة عاجلة

---

(١) وقد نصت المادة ٢٧٦ فقرة ٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى صراحة على عدم اشتراط حصول الدائن على اذن قضائى فى الحلول محل المدين — على أن الاذن القضائى بالحلول لم يعد له مقتض ما دام لابد من ادخال المدين فى الدعوى (انظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٤ ص ٢٤٦) .

(٢) ولما كان من القواعد المقررة فى حجز ما للمدين لدى الغير أنه لايجوز للدائن أن يحجز ما لمدين مدينه لدى مدين من الدرجة الثالثة ، اى انه لايجوز ان يتوسط بين الدائن الحاجز والمدين المحجوز لديه الا مدين واحد محجوز عليه ، كان من الممكن أن يشتبه الامر فى الدعوى غير المباشرة ، فلا تعطى لدائن يحجز باسم مدينه على ما لمدين هذا المدين لدى الغير ، حتى لايكون هناك حجز لدى الغير يتوسط فيه بين الدائن الحاجز والمدين المحجوز لديه مدينان محجوز عليهما لا مدين واحد . الا ان هذه الشبهة تزول اذا لاحظنا أن الدائن الذى يستعمل حق مدينه فى توقيع الحجز تحت يد الغير انما يستعمل هذا الحق باسم مدينه ، فهو ومدينه فى هذا الحجز شخص واحد ، فلا يتوسط بينهما وبين المدين المحجوز لديه الا مدين واحد محجوز عليه ، هو فى هذه الحالة مدين المدين .

(٣) دى باج ٣ فقرة ٢٠١ .

كما قدمنا ، وهذه المصلحة هى التى تبرر ثبوت النيابة القانونية للدائن، فلو لم تكن هناك مصلحة مشروعة عاجلة لما كان هناك محل لتحتيم هذه النيابة على المدين (١) .

ولا توجد مصلحة مشروعة عاجلة للدائن الا اذا توافر فى المدين شرطان : ١ — ألا يكون عنده أموال كافية لسداد حق الدائن اذا فات عليه الحق الذى يريد الدائن استعماله ، أى أن يكون فوات هذا الحق على المدين سببا فى اعساره أو فى زياده اعساره ٢٠ — أن يكون مقصرا فى عدم استعمال حقه بنفسه .

يضاف الى هذين الشرطين شرط ثالث بصريح النص ، هو ادخال المدين خصما فى الدعوى (٢) .

٥٣٧ — فوات الحق على المدين يكون سببا فى اعساره أو فى زيادة اعساره : ذلك أنه لو كان عند المدين مال آخر يستوفى منه الدائن حقه ، لما جاز لهذا الدائن أن يستعمل حقا للمدين لا مصلحة له فى استعماله ، مادام يستطيع استيفاء حقه من غير هذا الطريق ، ومن ثم قضت الفقرة الثانية من المادة ٢٣٥ ، على ما رأينا ، بوجوب أن يثبت الدائن أن عدم استعمال المدين لحقه يسبب اعساره أو يزيد فى هذا الاعسار . والمراد بالاعسار هنا هو الاعسار لفعلى ، بأن تزيد ديون المدين على حقوقه ، لا الاعسار القانونى الذى يستلزم حكما يشهره بشروط واجراءات معينة .

ونرى مما تقدم أن عبء الاثبات يقع على الدائن لا على المدين. وليس المدين ملزما بأن يثبت أن عدم استعماله لحقه لا يسبب اعساره أو لا يزيد فى هذا الاعسار ، بل الدائن هو الذى عليه أن يثبت أن هذا الحق — ولنفرض أنه عين مملوكة للمدين فى حيازة شخص آخر كاد

---

(١) استئناف مختلط ١٠ يونيه سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٣ .

(٢) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٩ .

أن يتملكها بالتقادم ـ لو ترك فى يد الحائز فتملكه بالتقادم ، لما وجد الدائن مالا آخر للمدين يستطيع أن ينفذ عليه ، أو أن ما يجده من مال لنمدين لايكفى للوفاء بحقه • ويستوى أن تكون هذه العين كافية للوفاء بحق الدائن ، وهنا يكون فوات العين على المدين سببا فى اعساره ، أو أن تكون غير كافية الا للوفاء ببعض الحق ، وهنا يكون فوات العين على المدين سببا فى زيادة اعساره ، ففى جميع هذه الأحوال يجوز للدائن أن يقطع التقادم باسم المدين (١) ؛ وأن يرفع باسم المدين كذلك دعوى الاستحقاق ضد الحائز ، وذلك حتى لا تخرج العين من مال المدين فيستطيع الدائن أن يستوفى منها حقه أو بعض حقه • ولو لم يمكن القانون الدائن من ذلك ، فملك الحائز العين بالتقادم ، لكان هذا سببا فى وقوع الضرر بالدائن من جراء تقصير المدين فى المحافظة على أمواله (٢) •

٥٣٨ ـ تقصير المدين فى عدم استعماله حقه بنفسه : ولايكفى أن يكون عدم استعمال المدين لحقه سببا فى اعساره أو زيادة اعساره ، بل يجب أيضا أن يكون المدين مقصرا فى عدم استعمال حقه بنفسه • أما اذا نشط وأراد أن يباشر بنفسه استعمال حقه ، حتى بعد أن يكون الدائن قد باشر استعمال الحق بالنيابة عنه ، فانه يستطيع أن يفعل • ويجب فى هذه الحالة على الدائن أن يمتنع عن المضى فى الاجراءات التى بدأها ، وأن يترك اتمامها للمدين (٣) • وكذلك الحال لو أن المدين ،

---

(١) انظر فى وقف التقادم وانقطاعه • الدكتور محمد على عمران ، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الثانى السنة الرابعة عشر يوليو سنة ١٩٧٢ •

(٢) استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٧١ ـ ١٠ يونيه سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٣ ـ ١٥ يونيه سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٦٣ ـ هالتون ١ ص ٣٤٠ ـ بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٠ •

(٣) استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢١١ ـ ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٩٤ ـ ١١ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦٨ ـ ٢١ يونيه سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥١٨ ـ ٤ مايو سنة ١٩٢٦ م =

عندما أدخل فى الدعوى ، عمد الى مباشرة حقه بنفسه واتخذ موقفا ايجابيا فى ذلك ، ولم يكتف بأن يكون موقفه سلبيا من الخصومة تاركا للدائن عبء مباشرة الحق (١) .

وفى حالة ما اذا باشر المدين حقه بنفسه ، ولم يكن الدائن خصما فى الدعوى وخاف تواطؤ المدين مع الخصم ، فله أن يدخل خصما ثالثا ليرقب بنفسه الاجراءات محافظة على حقوقه من تواطؤ المدين أو من تراخيه فى الدفاع عن حقه (٢) . وله الى جانب ذلك أن يستعمل الدعوى البوليصية اذا تواطأ المدين فعلا مع الخصم للاضرار به (٣) .

وعبء اثبات تقصير المدين فى استعمال حقه يقع على الدائن . ولكن كل ما على الدائن أن يثبته هو أن المدين لم يستعمل حقه بنفسه وكان ينبغى أن يفعل اذ أن موقفه السلبى هذا يهدده بالاعسار أو

= ٣٨ ص ٣٨٧ — ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٨ — ١٥ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦ — مصر الكلية المختلطة ٥ فبراير سنة ١٩١٨ جازيت ٨ رقم ١٣٧ ص ٦٠ — ١٥ يناير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ رقم ٤ ص ٧ — تارن استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٥ .

(١) بل ان المدين يستطيع أن يوقف الدعوى غير المباشرة دون أن يدخل خصما فيها ، بأن يتفق مع الخصم على انهاء النزاع صلحا . وليس للدائن أن يعترض على ذلك ، فان المدين لايزال صاحب الحق ويجوز له التصرف فيه ، ما لم يكن قد قصد الاضرار بالدائن ، فلهذا أن يطعن فى هذه الحالة بالدعوى البوليصية (بودرى وبارد ١ فقرة ٦٢٨ ص ٦٣٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٨ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٨ ص ٧٥٩ هامش رقم ٣) — الاستاذ اسماعيل غانم ، المرجع السابق فقرة ٦٣ .

(٢) استئناف مختلط ٢٢ يونيه سنة ١٩١٠ جازيت ١ ص ٥ — ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١١٣ — ١٨ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٦٧ .

(٣) ديمولومب ٢٥ فقرة ٩٥ — لوران ١٦ فقرة ٣٩٠ — هيك ٧ فقرة ١٨٦ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨١ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٢٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٨ — دى هلتس ١ لفظ (créancier) فقرة ٩ وفقرة ٢٦ — هالتون ١ ص ٣٤٠ — والتون ٢ ص ٩٨ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٨ ص ٧٥٩ .

بالزيادة فيه (١) • فلو أن المدين ، اذ لم يستعمل حقه ، كان أمامه فسحة من الوقت لاستعماله ، فليس للدائن أن يستعمله مكانه • أما اذا تلكأ المدين فى رفع الدعوى بحقه ، أو رفع الدعوى وتلكأ بعد ذلك فى مباشرة الاجراءات (٢) • وخيف من جراء هذا التلكؤ أن يعسر المدين أو أن يزيد اعساره ، فللدائن عندئذ أن يستعمل حق المدين (٣) •

واثبات الدائن أن المدين لم يستعمل حقه يكفى ، وليس على الدائن أن يثبت تقصيرا معينا فى جانب المدين (٤) • وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٢٣٥ يذكر أن الدائن عليه أن يثبت اهمال المدين ، فعدل النص فى لجنة المراجعة ، واكتفى فى التعديل أن يثبت الدائن عدم استعمال المدين لحقه (٥) • وغنى عن البيان أنه اذا أثبت الدائن

---

(١) والمقصود بالاعسار هنا الاعسار الفعلى ، بأن تزيد ديون المدين على حقوق لا الاعسار القانونى الذى يستلزم حكما بشهره ، فلا يشترط أن تكون الديون المستحقة وحدها هى التى تزيد على ما للمدين من أموال بل العبرة بكافة الديون ما استحق منها وما لم يستحق . فاذا كانت الديون التى على المدين تزيد عما له من حقوق على هذا النحو ، كان للدائن مصلحة مشروعة فى اللجوء الى الدعوى الغير مباشرة (اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ١٦١ .

(٢) أو رفع الدعوى ، ثم استأنف الحكم الابتدائى ، وعند نظر الاستئناف لم يباشر الاجراءات وغادر البلاد (استئناف مختلط ١٥ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦) . ولا يعد المدين مهملا اذا أوعز الى دائنه أن يتدخل فى الدعوى حتى يكون من وراء تدخله أن تكون المحاكم المختلطة هى المختصة (استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١١٧) .

(٣) استئناف مختلط ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٣٤ — مصر الكلية المختلطة ٩ مايو سنة ١٩٢٢ جازيت ١٣ رقم ٨٩ ص ٥٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٨ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا اضاف المدعى الى دفاعه تمسكه بحق مدين له قبل المدعى عليه واحتجاجه بأن المدين اهمل الدفاع عن حقه بقصد الكيد له ، وجب على المحكمة أن تفحص ذلك وترد عليه ، والا كان حكمها معيبا متعينا نقضه ، ولا يصلح ردا على ذلك قول المحكمة انه ليس للدائن ارغام مدينه على التمسك بحقوقه (نقض مدنى ٣ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٤٩ ص ٦٦٤) .

(٥) انظر تاريخ نص المادة ٢٣٥ آنفا فقرة ٥٢٨ فى الهامش .

أن المدين لم يستعمل حقه ، فللمدين أو للخصم فى الدعوى أن يثبت أن الوقت لايزال متسعا أمام المدين لاستعمال حقه بنفسه ، وفى هذه الحالة لايقبل من الدائن أن يستعمل الحق باسم المدين •

٥٣٩ — ادخال المدين خصما فى الدعوى — عدم ضرورة اعذاره :

لم ينص التقنين المدنى السابق على ضرورة ادخال المدين خصما فى الدعوى ، ولذلك كان الرأى الغالب — كما هو الأمر فى القانون الفرنسى — أن ادخال المدين خصما فى الدعوى ليس بشرط (١) • لكن اذا لم يدخل المدين خصما فى الدعوى ، فان الحكم الذى يصدر فيها كان لا يسرى فى حقه ، وهذا بخلاف الحكم الذى يصدر فى مواجهة المدين فانه يسرى فى حق الدائن وفقا للقواعد العامة المقررة فى حجية الأمر المقضى (٢) • وقد جرت العادة أن الدائن يدخل خصما فى

---

(١) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٤٧ — ٢٥ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٨٠ — ٥ يونيه سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١ — ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٥ — لوران ١٦ فقرة ٤٠٠ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣٥ — ديموج ٧ فقرة ٩٦٨ بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٦ — والتون ٢ ص ٩٧ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٦ هامش رقم ١ — الاستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٢٨ — الاستاذ محمد صادق فهمى فقرة ٤٥١ — أنظر عكس ذلك : استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦٨ — ١٩ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٥٩ — ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٢٧ ص ٦٥ — ٥ يونيه سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢ — ٨ يونيه سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٦٣ — ديمولومب ٢٥ فقرة ١٠٧ • ويذهب الفقه والقضاء فى فرنسا الى القول بأن ادخال المدين ليس شرطا لقبول الدعوى غير المباشرة • ومع ذلك فكثيرا ما يدخل الدائن المدين فى الدعوى التى يباشرها باسمه للمطالبة بحق من حقوقه حتى يكون الحكم التى يصدر فيها حجة عليه •

مازو • دروس فى القانون المدنى ، الجزء الثانى فقرة ٩٧٢ ، داللوز ١٩٦١ ص ٦١٩ ، جازيه دى باليه ١٩٦١ — ١ — ٣٠٦ •

(٢) استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٩٤ — ٥ يونيه سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١ — وفى فرنسا انقسم الفقه : فرأى يذهب الى أن الحكم لا يسرى فى حق المدين اذا لم يدخل فى الدعوى (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٢ هامش رقم ١٨) ، ورأى ثان يذهب الى أن الحكم يسرى فى حق المدين سواء كان فى مصلحته او ضده (كوليه دى سانتيز ٥ فقرة ٨١ مكررة — بلانيول وريبير وبولانجية ٢ فقرة ١٤١٦) ، ورأى ثالث يذهب الى أن الحكم يسرى فى حق المدين اذا كان فى مصلحته لا اذا كان ضده (لوران ١٦ فقرة ٤٠٨) •

الدعوى ، فاذا لم يدخله فان الخصم هو الذى يدخله حتى يجعل الحكم يسرى فى حقه (١) • وللمدين كذلك أن يدخل من تلقاء نفسه خصما فى الدعوى ؛ بل له أن يتولاها بنفسه ويقف عمل الدائن كما قدمنا • وللقاضى من تلقاء نفسه أن يأمر بادخال المدين خصما اذا رأى فائدة فى ذلك (٢) •

وقد ذهب التقنين المدنى الجديد فى هذه المسألة مذهبا آخر ، فنص صراحة (م ٢٣٥ فقرة ٢) على وجوب ادخال المدين خصما فى الدعوى • فلا يجوز اذن للدائن أن يرفع الدعوى غير المباشرة دون أن يدخل المدين خصما ثالثا ، فاذا لم يدخله جاز للخصم أن يدفع بعدم قبول الدعوى ، الا اذا دخل المدين من تلقاء نفسه أو أدخله الخصم نفسه • فالحكم الذى يصدر فى الدعوى يسرى اذن فى حق المدين ، مادام قد أصبح طرفا فى الدعوى (٣) •

---

(١) استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٨٠ ـ اوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨١ ـ ص ١٨٢ ـ بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٦ ـ الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٣٠ •

(٢) استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٥٩ ـ الاستاذ محمد صادق فهمى فقرة ٤٥١ ـ على ألا يكون ادخال المدين خصما فى محكمة الاستئناف حتى لايضيع عليه درجة من درجات التقاضى (أنظر نقض فرنسى أول اغسطس سنة ١٨٥٩ داللوز ٥٩ ـ ١ ـ ٣٥٣ ـ ٢ أغسطس سنة ١٨٧٦ داللوز ٧٧ ـ ١ ـ ٢٢٤ ـ بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٦) ـ كذلك لايشترط أن يصدر الدائن صحيفة الدعوى بما يقرر انه يعمل باسم المدين ؛ مادام هذا الامر يمكن فهمه من مجموع العبارات الواردة فى صحيفة الدعوى (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٧٨ ـ ٩ ابريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٤٠) •

(٣) ولا يقال انه مادام الدائن نائبا عن المدين ، فقد كان ينبغى أن تغنى هذه النيابة عن ادخال المدين خصما فى الدعوى ، ذلك أن النيابة هنا هى لصالح الدائن لا لصالح المدين كما سبق القول ، فكان لابد من ادخال المدين خصما فى الدعوى حتى يرقب اجراءاتها وحتى يستطيع حماية حقه بنفسه •

وقد قضت محكمة النقض بأن المدين الذى أوجبت الفقرة الثانية من المادة ٢٣٥ من القانون المدنى ادخاله خصما فى الدعوى غير المباشرة قد يتخذ موقفا سلبيا تاركا للدائن بحث مباشرة الدعوى عنه أو يسلك موقفا =

ولما كان لابد من ادخال المدين خصما ، فقد استغنى بذلك عن اعذاره ، فان ادخاله خصما أقوى من الاعذار (١) . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٣٥ مدنى صراحة على عدم ضرورة الاعذار . وكذلك كان الحكم فى عهد التقنين المدنى السابق دون نص صريح على ذلك ، اذ ليس فى القواعد العامة ما يحتم الاعذار الا نحو الخصم الذى يباشر الدائن فى مواجهته حق المدين اذا كان الاعذار ضروريا (٢) . وبهذا الرأى أخذت جمهرة الفقهاء فى فرنسا (٣) ، وسار عليه الفقه فى مصر (٤) ، قبل أن يتضمنه نص فى التقنين المدنى الجديد .

وغنى عن البيان أنه لا حاجة للدائن أن يدخل الدائنين الآخرين فى الدعوى (٥) . ويسرى الحكم الصادر فى الدعوى مع ذلك فى حقهم ، لأن المدين — وقد رأينا أن من الواجب ادخاله فى الدعوى — يمثل جميع الدائنين ، والحكم الذى يصدر فى مواجهته يكون حجة عليهم جميعا وفقا للقواعد المقررة فى حجية الامر المقضى (٦) .

= ايجابيا فيعمد الى مباشرة الدعوى بنفسه ، وحينئذ يقتصر دور الدائن على مجرد مراقبة دفاع المدين : نقض مدنى فى ٤ مايو سنة ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ رقم ١٩٥ ص ١١٣٥ .

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٩ .

(٢) وذلك للحكم بتعويض عن التأخير او بمصروفات الدعوى مثلا .

(٣) لوران ١٦ فقرة ٣٩٢ — ولارومبيير ٢ م ١١٦٦ فقرة ٢١ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٩ — ديموج ٧ فقرة ٩٦٦ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٣٥ ص ٣١٧ — جوسران ٢ فقرة ٦٧٠ — انظر عكس ذلك : ديمولومب ٢٥ فقرة ١٠٢ — فقرة ١٠٣ — ماركادية ٤ فقرة ٤٩٣ .

(٤) الاستاذ عبد السلام ذهنى فى الالتزامات فقرة ٣٣١ — الاستاذ محمد صادق فهمى فقرة ٤٥١ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٦ هامش رقم ١ — الأستاذ احمد حشمت ابو ستيت فقرة ٦٢٨ — انظر عكس ذلك والتون ٢ ص ٩٧ .

(٥) استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٥١ .

(٦) على انه اذا كان المدين تاجرا مفلسا ، فالدائن لايباشر الدعوى باسم المدين الا فى مواجهة السنديك ، والحكم يكون باسم السنديك (م ٢٢٠ تجاري) .

المبحث الثالث

الشروط التى ترجع الى الحق الذى يستعمله الدائن باسم المدين

٥٤٠ — **القاعدة واستثناءاتها** : نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٣٥ على أن للدائن أن يستعمل باسم مدينه « جميع حقوق هذا المدين ، الا ما كان منها متصلا بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز » . ويستخلص من ذلك أن القاعدة هى أن أى حق للمدين يجوز للدائن أن يستعمله . ويستثنى من ذلك : (أولا) أن يكون للمدين مجرد رخصة ، فلا يجوز الدائن أن يستعملها باسم المدين (١) . (ثانيا) ألا يكون الحق للمدين نفسه ، بل هو حق يباشره عن غيره ، فلا يجوز للدائن أن يستعمل هذا الحق ، اذ هو ليس حقا للمدين . (ثالثا) أن يكون الحق للمدين ، ولكنه متصل بشخصه خاصة . (رابعا) أن يكون الحق غير قابل للحجز عليه . (خامسا) أن يكون الحق مثقلا بحيث لا تكون هناك فائدة للدائن فى استعماله (٢) .

٥٤١ — **يجوز للدائن استعمال أى حق للمدين** : يجوز للدائن ، كقاعدة عامة ، أن يستعمل أى حق للمدين ، لا فرق بين حق وحق .

فقد يكون هذا الحق حقا شخصيا ، محله نقد أو عين أو عمل أو امتناع عن عمل . وأكثر ما يستعمل الدائن من حقوق المدين الحق الشخصى الذى محله نقد ، فهو الحق الاكثر سهولة فى الاستعمال . ومع ذلك فان هناك اجراء امام الدائن يفضل الدعوى غير المباشرة

---

(١) والاستثناء هنا ظاهرى ، لأن الرخصة غير الحق فلا تستثنى منه . والغرض من هذا الاستثناء الظاهرى حصر مالا يستطيع الدائن أن يستعمله باسم المدين .

(٢) أنظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٩ فقرة ٣ .

لتقاضى ما للمدين من نقود فى ذمة مدينه ، وهذا هو حجز ما للمدين لدى الغير • ومن ثم كانت الدعوى غير المباشرة نادرة الوقوع فى العمل ففى حجز ما للمدين لدى الغير يعمد الدائن — بدلا من رفع الدعوى غير المباشرة — الى الحجز تحت يد مدين المدين على ما للمدين من نقود فى ذمة مدين المدين ، فاذا ما حكم بصحة الحجز انقلب الاجراء اجراء تنفيذيا ، وتمكن الدائن باجراءات هذا الحجز وحدها من استيفاء حقه من مدين المدين (١) • وهذا بخلاف الدعوى غير المباشرة ، فان الدائن بعد النجاح فيها لا يكتفى بذلك ، بل لابد له حتى يصل الى حقه من أن يباشر اجراءات تنفيذية مستقلة عن الدعوى (٢) •

وقد يكون حق المدين حقا عينيا يستعمله الدائن باسمه ، كحق ملكية أو حق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن •

ويغلب أن يأخذ الحق — شخصيا كان أو عينيا — صورة الدعوى يرفعها الدائن على من عليه الحق للمدين (٣) ، كدعوى الدين أو دعوى الاستحقاق (٤) • ومن ثم أطلق على استعمال الدائن لحقوق مدينه [illegible]

---

(١) استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣٠ — ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٥٥ •

(٢) دى باج ٣ فقرة ١٨٢ — ويلاحظ أن حجز ما للمدين لدى الغير هو نفسه حق للمدين ، فيجوز اذن للدائن استعماله فيحجز باسم مدينه على ما لمدين مدينه لدى الغير ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك • والفرق ظاهر بين أن يحجز الدائن باسمه على ما لمدينه لدى الغير ، وبين أن يحجز باسم مدينه على ما لمدين مدينه لدى الغير •

(٣) ولما كان الدائن لا يستطيع الحجز على دعاوى مدينه — باستثناء حجز ما للمدين لدى الغير ومع ذلك فلا يبقى من حكم بصحة الحجز — فلا يبقى الا أن يستعمل الدائن هذه الدعاوى باسم مدينه ، حتى ينفذ بعد ذلك على ما تنتجه هذه الدعاوى من مال (ديموج ٧ فقرة ٩٢٠ ص ٢٩٩) •

(٤) ومن الدعاوى التى يستطيع الدائن أن يباشرها باسم المدين : دعوى المدين اذا كان مشتريا فى الرجوع على بائعه بضمان الاستحقاق أو ضمان العيب (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٥ — ٩ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٠٨) أو فى الرجوع على البائع بما دفعه وفاء لدين مضمون برهن على العقار المبيع =

اسم « الدعوى غير المباشرة » ، أخذا بالغالب • على أنه يجـــوز أن يستعمل الدائن باسم مدينه مجرد اجراءات ، دون أن يرفع دعـوى أمام القضاء • وهذه الاجراءات اما أن تكون تصرفات قانونيـــة أو اجراءات مادية • مثل التصرفات القانونية أن يقبل الـدائن وصية عن المدين ، أو يسترد شيئا للمدين حق استرداده ، أو يقبل اشتراطا لمصلحة المدين • ومثل الاجراءات المادية أن يقيد رهنا لمصلحة المدين ، أو يجدد قيد الرهن ، أو يسجل عقدا للمدين حتى تنتقل اليه الملكية ، أو يقطـع

= (استئناف مختلط ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٤٦) ، ودعوى المدين البائع فى استيفاء ثمن المبيع (استئناف مختلط ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ — ص ٢١ — ٢٩ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٤٠) ، ودعوى المدين المصاب فى ماله فى الرجوع بالتعويض على من الحق به الضرر (لوران ١٦ فقرة ٤١٩ — هيك ٧ فقرة ٢٠٢ — لارومبيير ٢ م ١١٦٦ فقرة ٢٠) ودعوى المدين القاصر فى مطالبة الوصى بتقديم حساب عن الوصاية بعد انتهائهـــا (بودرى وبارد ١ فقرة ٦٠٨ — لوران ١٦ فقرة ٣٣٨) ، ودعوى المدين فى رفع مناقضة (contredit) لانزال بعض الديون المبـــالغ فيهــــا الى مقدارها الحقيقى (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٣٥) ، ودعوى المدين اذا كان شريكا فى شركة فى الطعن ببطلان اتفاق على تعديل الشركة او على حلها (استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٣٤) ، ودعوى المدين فى المطالبة بسقوط اجراءات اتخذت لنزع ملكيتـه (استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٦٣) ، ودعوى المدين فى الطعن بالصورية فى سند بدين فى ذمته (استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥٢) ، ودعوى المدين فى ان يطعن فى عقد صــــدر منه بالبطلان أو بالفسخ (استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٧٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦١١ — فقرة ٦١٦ — دى باج ٣ فقـــرة ١٨٩ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٩٤ — جوسران ٢ فقرة ٦٦٨ — ويغلب على القضاء الفرنسى الا يعطى الدائن الحق فى الطعن بابطال العقد باسـم المدين بحجة أن التمسك بابطال عقد لعيب فى الرضاء أو لنقص فى الاهلية مسألة يرجع الشخص فى تقديرها الى اعتبارات ادبية : نقض فرنسى ٦ مارس سنة ١٨٧٨ داللوز ٧٨ — ١ — ٣١٦ — ١٨ أكتوبر سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١٢ — ١ — ٢٣٣ ، ومع ذلك انظر : نقض فرنسى ١٠ مارس ســـــنة ١٨٥٣ داللوز ٥٣ — ١ — ٦٠) ، ودعـــــوى المشترى ضـد البائع يبـاشرها المشـــترى من المشترى (استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩١٣ جازيت ٣ رقم ٢٠٨ ص ١٠٩ — ٩ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠ — وقـــارن استئناف مختلط ١٠ يونيه سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٣ — وانظر : ديمولومب ٢٥ فقرة ٨٨ — لوران ١٦ فقرة ٤٢٢ — هيك ٧ فقرة ٢٠٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦١٦ — هالتون ١ ص ٣٤ — دى هلتس ١ لفظ (créancier) فقرة ٣٠ — والتون ٢ ص ١٠٣ — ص ١٠٤ — فتحى زغلول ص ٣٧٤ =

تقادما سرى ضد المدين ، أو يطالب باسم المدين وضع أختام أو كتابة محاضر جرد (١) . وللدائن كذلك أن يطعن باسم مدينه فى حكم صدر ضد المدين ، بجميع وجوه الطعن العادية وغير العادية ، من معارضة واستئناف ونقض والتماس اعادة نظر وغير ذلك . وله أن يقوم باجراءات المرافعة ، وأن يتمسك بالدفوع عن المدين (٢) .

= نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٤ هامش رقم ٢ — عكس ذلك : توليبه ٧ فقرة ٥٦٦) ، ودعوى المالك فى استرداد الشيء المملوك له تحت يد الغير (دعوى الاستحقاق) ، ودعوى الوارث فى المطالبة بنصيبه فى الميراث ، ودعوى الموصى له فى المطالبة بالوصية ، ونحو ذلك . وكذلك يجوز استعمال حق المدين فى طلب القسمة (محكمة مصر المختلطة مستعجل ٢٦ يوليه سنة ١٩١٣ جازيت ٣ رقم ٤٧٠ ص ٢٢٥) ، وفى مطالبة شركة التأمين بمبلغ التأمين (محكمة اسكندرية المختلطة التجارية أول مارس سنة ١٩٢٨ جازيت ١٨ رقم ٢٨٧ ص ٢٢٩ — استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨٩) ، وفى رجوع المسخر (الاسم المستعار) على الاصيل يباشره من تعاقد مع المسخر (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٧١) . وللمستحق فى وقف اذا اخذ اقل من استحقاقه أن يستعمل دعوى ناظر الوقف فى الرجوع على مستحق اخذ اكثر من استحقاقه (استئناف مختلط ١٩ يونيه سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٤١٢ — قارن استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٢٩ — ويلاحظ انه يجب فى هذا الرجوع أن يكون ناظر الوقف مسئولا شخصيا نحو المستحق الاول ودائنا شخصيا للمستحق الثانى) .

(١) ومثل الاجراءات المادية ايضا اتخاذ الاجراءات التنفيذية (استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٧) ، وتوقيع الحجز التحفظى ، وحجز ما للمدين لدى الغير ، والتنبيه بانهاء عقد الايجار (اذا كان الدائن كفيلا للمستأجر وتأخر هذا فى دفع الاجرة : نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٥ هامش رقم ٢) — ومن أجل مباشرة الدائن للاجراءات باسم المدين يذكر التقنين الفرنسى عبارة « الحقوق والدعاوى » فينصرف لفظ « الحقوق » الى الاجراءات (ديموج ٧ فقرة ٩٢٨) .

(٢) استئناف مختلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٣٢ — ٤ يونيه سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٢٩ — ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٦٠ — استئناف مصر ٢٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ٤٢٠ ص ٩١١ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨١ — بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٦٢٤ — ديموج ٧ فقرة ٩٣٥ — دى باج ٣ فقرة ١٨٦ ص ٢٠٢ — دى هلتس ١ لفظ (créancier) فقرة ٨ وفقرة ٢٧ — انظر عكس ذلك : استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٩١ .

هذا ويصح أن يشترط المدين على دائنه الا يستعمل حقا له ولو لم يكن متصلا بشخصه (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٦ — دى باج ٣ فقرة ١٩٠) .

٥٤٢ ـ لايجوز للدائن أن يستعمل ما للمدين من رخصة : ليس للدائن أن يتدخل فى شؤون مدينه الى حد أن يقبل عنه صفقة لايريدها هو ، حتى لو كانت هذه الصفقة رابحة ومن شأنها أن تزيد فى ضمان الدائن ، ولا أن يلغى باسم مدينه عقد ايجار بدعوى أن الاجرة باهظة ومن شأنها أن تنتقص من ضمان الدائن . « فحق » قبول الايجاب ، « وحق » الغاء عقد الايجار ، « وحق » ادارة المدين لأمواله حسبما يرى حتى لو كانت هذه الادارة سيئة (١) ، ليست حقوقا يجوز للدائن أن يستعملها باسم مدينه ، بل هى مجرد رخص لا شأن للدائن فى استعمالها (٢) .

ولكن اذا أصبحت الرخصة حقا ، فللدائن أن يستعمل هذا الحق باسم مدينه مادام قد استوفى الشروط اللازمة . فحق الموصى له فى

---

(١) أنظر تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (م ٢٧٦ فقرة ٢) : « غير أنهم (اى الدائنين) لايستطيعون أن يتذرعوا بهذا الامتياز ليقوموا مقامه فى ادارة مملوكة ، فهو يبقى متسلما بزمام ادارته بالرغم من سوء حالة اشغاله » .

(٢) لوران ١٦ فقرة ٤٢٤ وما بعدها ـ هيك ٧ فقرة ١٩٤ ـ بارتان على أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٧٩ ـ بودرى وبارد ١ فقرة ٥٩٩ ـ ديموج ٧ فقرة ٩٢٦ ـ بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٠ ـ فقرة ٩٠١ جوسران ٢ فقرة ٦٥٥ دى هلتس ١ لفظ (créancier) فقرة ١٠ وفقرة ١٥ ـ والتون ٢ ص ١٠٤ ـ نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٠ هامش رقم ١ .

ويقال عادة فى تبرير اخراج هذه الحقوق من نطاق الدعوى غير المباشرة أنها ليست حقوقا بالمعنى الدقيق وانما هى مجرد رخص (facultés) لا شأن للدائن فى استعمالها ، فهى لا تمثل قيما ماليه بذاتها حتى يشملها الضمان العام للدائنين ، ويفرق بعض الشراح فى هذا الصدد بين الرخص والخيارات . فالخيارات تستند الى حقوق سبق اكتسابها ، ولكن صاحبها مخير بين أن يقبلها فيستقر الحق له أو يردها فيزول الحق منه . الاستاذ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ١٥٦ والمراجع المشار اليها فيه .

قبول الوصية (١) ، وحق المنتفع فى قبول الاشتراك لمصلحته (٢) ، وحق الموعدو بالبيع فى الشراء ، وحق المشترى وفاء فى استرداد الشىء المبيع عندما كان بيع الوفاء جائزا (٣) ، كل هذه حقوق يجوز للدائن استعمالها

---

(١) وهناك رأى يذهب الى انه لايجوز للدائن أن يستعمل حق مدينه فى قبول الوصية ، لا لأن القبول هنا مجرد رخصة ، بل لأنه حق متصل بشخص المدين (بودرى وبارد ١ فقرة ٦٢٢ ـ بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٤) .

(٢) ويذهب بعض الفقهاء الى ان قبول المنتفع للاشتراط لمصلحته مجرد رخصة لايجوز للدائن استعمالها باسم المدين (دى باج ٣ فقرة ١٨٧ ـ بودرى وبادر ١ فقرة ٦٢٣) . والصحيح ان حق المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير حق ينشأ من العقد ، وقبول المنتفع ليس الا لجعله حقا غير قابل للنقض . فثم اذن حق يستطيع الدائنون بالنيابة عن مدينهم ان يجعلوه غير قابل للنقض ، الا اذا تبين ان الأمر يتعلق لاعتبارات أدبية بمحض تقدير المنتفع ، فعندئذ لايجوز للدائنين استعماله ، لا لأنه مجرد رخصة ، بل لانه حق متصل بشخص المدين (ديموج ٧ فقرة ٨٢٣ وفقرة ٩٢٨ ـ الاستاذ احمد حشمت أبو ستيت فى نظرية الالتزام سنة ١٩٤٥ فقرة ٦٢٤ص ٤٦٦ ـ الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٠٠ ص ١٥٣) .

وحق المشترط فى نقض الاشتراط لمصلحة الغير ، وتحويله الى منتفع آخر أو الى نفسه ، يعتبر رخصة لايجوز لدائنى المشترط استعمالها ، وهو على كل حال موكول الى محض التقدير الشخصى للمشترط (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٤ ص ٢٣٨ ـ قارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨١٨ ص هامش رقم ٢) .

(٣) فحق الموعود بالبيع وحق المشترى وفاء كلاهما حق ذو قيمة مالية نشأ عن عقد الوعد أو عقد البيع وفاء ، مثلهما مثل حق المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير نشأ عن عقد الاشتراط (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٠ هامش رقم ١) .

ويحسن فى هذا الصدد أن نميز ما بين الحق الكامل كحق الموعود بالبيع وحق المشترى وفاء وحق المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير ، ومجرد الرخصة كحق الشخص فى ان يشترى دار غيره اذا رضى صاحب الدار وحق المالك فى ادارة ملكه ، ومنزلة وسطى ما بين الحق والرخصة كحق الشخص فى قبول الايجاب الموجه له وحق الشفيع فى الأخذ بالشفعة وحق الشريك فى استرداد النصيب الشائع . فالحق الكامل هو وحده الذى يستطيع الدائن أن يستعمله باسم المدين ، أما مجرد الرخصة فلا يجوز للدائن استعمالها ، ويلحق بالرخصة فى ذلك المنزلة الوسطى ما بين الحق والرخصة .

ويميز بودرى وبارد ما بين حق لايحتاج الا الى مجرد =

باسم المدين (١) .

أما التمسك بالتقادم ، فالرأى الراجح أنه رخصة لا حق ، وأن التقادم لا يتم الا بالتمسك به (٢) . وكان مقتضى هذا التكييف أن الدائن لا يستطيع استعمال هذه الرخصة نيابة عن مدينه ، ولكن الفقرة الاولى من المادة ٣٨٧ مدنى نصت استثناء على جواز تمسك الدائن بالتقادم المسقط نيابة عن مدينه اذ تقول : « لايجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها ، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين »،

= التثبت (consolidation) وهذا يجوز للدائن استعماله باسم المدين ، ومجرد الرخصة فى كسب الحق وهذه لايجوز للدائن استعمالها (بودرى وبارد ١ فقرة ٦٠١ ص ٦٠٠) .

(١) ديرانتون ٦ فقرة ٥١٦ — فقرة ٥٢٠ — ديمولومب ١٤ فقرة ٥٥٧ و ١٥ فقرة ٥٣ وفقرة ٧٦ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٠٠ — فقرة ٦٠٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠١ — والتون ٢ ص ١٠٤ — ص ١٠٥ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٠ هامش رقم ١ — وانظر عكس ذلك : لوران ١٦ فقرة ٤٢٦ — فقرة ٤٢٧ — هيك ٧ فقرة ١٩٥ .

وقد قضت محكمة النقض بأن النص فى الفقرة الاولى من المادة ٢٣٥ من القانون المدنى على أن « لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الاداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين ، الا ما كان منها متصلا بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز ... » يدل على ان نطاق الدعوى غير المباشرة لايشمل الحقوق التى يؤدى استعمال الدائن لها الى المساس بما يجب أن يبقى للمدين من حرية فى تصريف شئونه ، فيجوز للدائن أن يرفع دعوى بابطال عقد كان مدينه طرفا فيه لعيب شاب رضاه ، ولايعتبر بذلك من قبيل الحقوق المتصلة بشخص المدين فيجوز من ثم استعمالها باسمه ، واذ انتهى الحكم المطعون فيه الى توافر شروط الدعوى غير المباشرة ومن ثم يحق للمطعون عليه الثانى الطعن على عقد الايجار الصادر من المؤجر له الى الطاعنه لصدوره نتيجة اكراه فانه يكون قد اصاب صحيح القانون : نقض مدنى فى ٤ مايو سنة ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ رقم ١٩٥ ص ١١٣٥ .

(٢) فالتقادم المسقط اذن واقعة مركبة (fait complexe) ، تتكون من واقعة مادية هى مرور الزمن وتصرف قانونى هو اعلان المدين لارادته فى التمسك بالتقادم ، وكذلك التقادم المكسب ، غير أن الواقعة المادية فى التقادم المكسب هى مرور الزمن من الحيازة معا .

وقضت المادة ٩٧٣ مدنى بنفس الحكم بالنسبة الى التقادم المكسب (١) .

« وحق » الشفيع فى الأخذ بالشفعة ، « وحق » الشريك فى استرداد النصيب الشائع ، كلاهما رخصة لايجوز للدائن استعمالها بالنيابة عن المدين ، مثلها مثل قبول الايجاب الموجه الى المدين (٢) .

٥٤٣ ولا يجوز للدائن أن يستعمل حقا يباشره المدين عن غيره : ثم ان الحق الذى يستعمله الدائن باسم المدين يجب أن يكون حق المدين نفسه ، لاحقا يباشره المدين عن غيره . فلا يجوز للدائن ، اذا كان مدينه وليا لقاصر، أن يرفع دعاوى القاصر باسم مدينه،لأن هذه الدعاوى انما يباشرها المدين عن القاصر بصفته وليا له . وكذلك الأمر لو كان المدين قيما على محجور عليه أو ناظرا على وقف ، فلا يجوز للدائن أن يرفع باسم مدينه دعاوى المحجور عليه ولا دعاوى الوقف (٣) .

كذلك اذا جاز للدائن أن يستعمل حق المدين قبل مدين المدين ، فلايجوز له أن يستعمل حق مدين المدين قبل مدين مدين المدين (٤) ، لأن حق مدين المدين انما يستعمله المدين بالنيابة عن مدين المدين ، فلا

---

(١) استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٧٤ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٠ هامش رقم ١ — أما النزول عن التقادم فيجوز للدائن أيضا استئناء الطعن فيه بالدعوى البوليصية (م ٣٨٨ و ٩٧٣ مدنى) على النحو الذى سنورده فيما بعد .

(٢) لوران ١٦ فقرة ٤٢٨ — هيك ٩ فقرة ٢١ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠١ — دى باج ٣ فقرة ١٨٧ — عكس ذلك : اوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦١٠ .

(٣) استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٧٠ — والتون ٢ ص ١٠٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦١ هامش رقم ١ .

(٤) قارن استئناف مختلط ١٧ يونيه سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٣٩ — ٦ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٣٣ .

يجوز للدائن أن يستعمل حقا يباشره مدينه بالنيابة عن غيره (١) • وقد قدمنا أنه يجوز للدائن أن يستعمل حق المدين فى ايقاع الحجز التحفظى على ما لمدين المدين لدى مدين مدين المدين دون مجاوزة لهذا الحد (٢) •

٥٤٤ — ولا يجوز للدائن أن يستعمل حقاً متصلا بشخص المدين خاصة ،وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ٢٣٥ كما رأينا • ذلك ان الدعوى غير المباشرة انما تستند ، كما قدمنا ، الى ما للدائن من حق الضمان العام على جميع أموال مدينه ، فالحق الذى يستطيع الدائن أن يستعمله يجب اذن أن يدخل ضمن الحقوق التى تعتبر ضامنة لحق الدائن •

ويترتب على ذلك أن الحقوق غير المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية ، وهى حقوق متصلة بشخص المدين خاصة ولاتدخل فى الضمان العام للدائنين ، لايجوز للدائن استعمالها • فلايجوز استعمال حق الطلاق ، حتى لو كان استعمال هذا الحق من شأنه أن يخفف عبئا ماليا عن المدين كانقطاع دين النفقة • ولا يجوز استعمال حق اللعان ، ولو أن استعمال هذا الحق من شأنه ألا يثبت نسب ولد اللعان من المدين فلا يتحمل هذا نفقته • وليس للدائن أن يطلب باسم مدينه انقاص

---

(١) فلا يجوز لبائع العقار الذى لم يستوف الثمن كاملا ، وترك قيد كل من امتيازه وامتياز المشترى منه يسقط ، ان يجدد قيد امتياز المشترى من المشترى فى الميعاد القانونى ، ليطالب من انتقلت له الملكية بعد ذلك بالباقى له من الثمن . فهو اذا كان يستطيع أن يجدد قيد امتيازه هو ، وأن يجدد باسم المشترى منه قيد امتياز هذا المشترى ، فانه لا يستطيع أن يجدد قيد امتياز المشترى من المشترى ، لأن هذا التجديد انما يجريه مدينه المشترى باسم مدين مدينه المشترى من المشترى ، فلا يجوز له ان يباشره هو باسم مدينه المشترى (محكمة بوردو الاستئنافية ٩ مارس سنة ١٩٣٦ سيريه ١٩٣٧ — ٢ — ١٢٩ — داللوز انسيكلوبيدى ١ action oblique فقرة ٤٠) •

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٥ مكررة — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦١ هامش رقم ١ • راجع أيضا الاستاذ اسماعيل غانم المرجع السابق ص ١٥١ •

نفقة قدرت لزوجة المدين أو لأحد من أقاربه (١) . كذلك لا يجوز للدائن أن يرفع باسم مدينه دعوى نسب ، حتى لو كانت هذه الدعوى تؤدى الى أن يثبت للمدين ميراث أو وصية ، لأن دعوى النسب متعلقة بالاحوال الشخصية فيترك المدين حرا فى تقدير مناسبة رفعها . ولكن لما كان يجوز للورثة أن يطالبوا بميراث مورثهم ولو اقتضى الامر أن يثبتوا نسبة ، فلدائنى الورثة أن يرفعوا هذه الدعوى باسم مدينتهم ، لأن القضية تصبح قضية ميراث لا قضية نسب (٢) .

ويترتب على ذلك أيضا أن الحقوق المالية غير المتعلقة بالأحوال الشخصية ، اذا كانت متصلة بشخص المدين ، لايجوز للدائن استعمالها ويعتبر الحق المالى متصلا بشخص المدين اذا قام فى أساسه على اعتبارات أدبية (٣) ، وذلك كحق الواهب فى الرجوع فى الهبة (٤) ، وحق

---

(١) ديمولومب ٥ فقرة ١٣٧ — هيك ٧ فقرة ٢٠٠ — بودرى وبارد ١ فقرة ٥٩٣ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٢ .

(٢) ويشترط ديمولومب الا يكون اثبات نسب المورث ضمن ما يطلب الحكم به ، فيكون هذا النسب طريقا من طرق الدفاع لاثبات الميراث ، لا طلبا فى الدعوى يراد الحكم به (ديمولومب ٥ فقرة ٢٨٤ — وانظر ايضا : أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٢ هامش رقم ٣٠ — لوران ٣ فقرة ٤٧٠ — بودرى وبارد ١ فقرة ٥٩٣ ص ٥٩٥) .

(٣) بودرى وبارد ١ فقرة ٥٩١ — ديموج ٧ فقرة ٩٢٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٤ — كولان وكابيتان وموارنديير ٢ فقرة ٤٣١ — جوسران ٢ فقرة ٦٦٧ .

(٤) محكمة مصر المختلطة ١٢ مايو سنة ١٩٢٨ جازيت ١٩ رقم ١٥١ ص ١٧٩ ، ومع ذلك انظر محكمة مصر المختلطة ١٢ يناير سنة ١٩٢٨ جازيت ١٩ رقم ٢٦٤ ص ٢٦٥ وقد قضت بأن حق الرجوع فى وقفية ليس حقا متصلا بشخص المدين — ديرانتون ١٠ فقرة ٥٤٠ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨٩ — ديمولومب ٢٠ فقرة ٦٩٢ — فقرة ٦٩٣ — لوران ١٢ فقرة ٢٨ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦١٣ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٤ .

المصاب فى التعويض عما أصابه من الضرر الأدبى (١) ، حق المؤلف فى نشر مؤلفه أو اعادة نشره (٢) .

(١) وهذا ما لم تظهر ارادة المصاب فى المطالبة بالتعويض عن الضرر الادبى ، فاذا ظهرت هذه الارادة قاطعة فى صورة اتفاق مع المسئول او بالمطالبة القضائية فقد أصبح حق التعويض حقا ماليا كسائر الحقوق المالية يجوز للدائن استعماله (الوسيط ١ الطبعة الثالثة المجلد الثانى ص ١٢٨١ — ص ١٢٨٢) . وكل تعويض عن عمل غير مشروع يجب أن نميز فيه بين التعويض عن الضرر المادى وهذا غير متصل بشخص المدين ويجوز للدائن استعمال الحق فيه ، والتعويض عن الضرر الأدبى وهذا متصل بشخص المدين على الوجه الذى اوضحناه ولايجوز للدائن أن يطالب به نيابة عن المدين (محكمة مصر المختلطة ١٢ مايو سنة ١٩٢٨ جازيت ١٩ رقم ١٥١ ص ١٧٩ — ديرانتون ١٠ فقرة ٥٥٧ — لوران ١٦ فقرة ٤١٩ — ديمولومب ٣٥ فقرة ٨٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٢٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٤ — فقرة ٩ — دى هلتس ١ لفظ créancier فقرة ٢٣ — فقرة ٢٥ — الاستاذ عبد السلام ذهنى فقرة ٣٢٧ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٣ هامش رقم ١) . ويعتبر الضرر ماديا ولو وقع على جسم المدين لا على ماله ، ما دام أنه ضرر مادى لا ضرر أدبى (بودرى وبارد ١ فقرة ٦٢٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٤ ص ٢٣٨ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٩٣ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٣٢ — جوسران ٢ فقرة ٦٦٨ — عكس ذلك : ديمولومب ٢٥ فقرة ٨٢ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨٩ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٣٦ ص ٦٥٩) . وقد جاء فى كتاب احكام الالتزام للدكتور صبحى المحمصانى (ص ٥٧) أن القضاء اللبنانى يذهب الى أن الدية هى تعويض مادى وأدبى للورثة عن فقد مورثهم ، وأنها بهذه الصفة تكون من حق الورثة مباشرة ، ولايمكن أن تدخل فى عداد اموال المدين التى يجوز توقيع الحجز عليها من دائنيه (قرار الحاكم المنفرد فى جبيل الصادر فى ٢١ تشرين الثانى سنة ١٩٥١ النشرة القضائية اللبنانية سنة ١٩٥٣ ص ٧٦) .

(٢) ديموج ٧ فقرة ٩٢٧ ص ٣٠٧ — ويعتبر حق الوالد فى محاسبة ابنته على نفقات حفظ امتعتها المودعة عنده حقا متصلا بشخصه (مصر الكلية الاهلية ١٠ مايو سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ١١٨ ص ١٦٩) . كذلك يعتبر حق المدين الراهن فى نقل التكليف باسمه حقا متصلا بشخصه (استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢١٢) .

هذا ويجوز للمدين أن ينزل عن حقه فى الاعتراض على مباشرة الدائن لدعوى متصلة بشخصه ، فقد تقرر الحظر لمصلحته ويستطيع أن ينزل عنه اذا شاء . كما يجوز ، على النقيض من ذلك ، كما سبق القول ، ان يشترط المدين على الدائن الا يستعمل حقا له. ولو لم يكن هذا الحق متصلا بشخصه . فالدعوى غير المباشرة ليست من النظام العام ، وانما وضعت =

٥٤٥ – ولايجوز للدائن أن يستعمل حقا للمدين غير قابل للحجز: ولما كانت الدعوى غير المباشرة تستند الى الضمان العام للدائنين كما تقدم القول ، فحقوق المدين غير القابلة للحجز – وهى لا تدخل فى هذا الضمان – لا يجوز للدائن استعمالها ، اذ لا يستطيع التنفيذ عليها ، فتصبح الدعوى غير المباشرة دون جدوى . وجميع الحقوق التى يقضى القانون بعدم جواز الحجز عليها ، سواء كانت غير قابلة للتنازل عنها كحق السكنى وحق الاستعمال ، أو كانت قابلة للتنازل كمرتبات الموظفين ومعاشاتهم وديون النفقة والملكية الزراعية الصغيرة التى لاتزيد على خمسة فدادين (١) ، كل هذه الحقوق لايجوز للدائن استعمالها لانعدام المصلحة . وقد سبق أن عددنا تفصيلا أموال المدين التى لا يجوز الحجز عليها ، فنكتفى هنا بالاحالة الى ما قدمناه من ذلك .

٥٤٦ – ولايجوز للدائن أن يستعمل حقا للمدين مثقلا الى حد الاستغراق : وقد يكون الحق غير متصل بشخص المدين وقابلا للحجز عليه، ولكنه حق مثقل برهن أو نحوه بما يجعل استعماله غير ذى فائدة للدائن . فعند ذلك لا تكون هناك مصلحة للدائن فى استعمال هذا الحق . مثل ذلك أن يسترد الدائن عينا مملوكة للمدين من تحت يد الحائز ، وتكون العين مرهونة ضمانا لدين يستغرق قيمتها ، ففى هذه الحالة لا تكون للدائن مصلحة فى استرداد هذه العين ما دام الدائن المرتهن يتقدم عليه ، فلا يبقى له شىء من ثمنها يستوفى منه حقه .

ويستطيع كل من الحائز والمدين والدائن المرتهن فى المثل المتقدم أن يدفع الدعوى غير المباشرة بهذا الدفع (٢) .

= قواعدها لمصلحة كل من الدائن والمدين (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٦ – دى باج ٣ فقرة ١٩٠) .

(١) استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٠٩ ص ٤٥٢ – ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٦٩ – بودرى وبارد ١ فقرة ٦٠٤ – فقرة ٦٠٧ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٦٠٣ .

(٢) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٨ ص ٧٨٥ .

الفــرع الثانى

الآثار التى تترتب على الدعوى غير المباشرة

٥٤٧ — **النصوص القانونية** : تنص المادة ٢٣٦ من التقنين المــدنى على ما يأتى :

« يعتبر الدائن فى استعمال حقوق مدينه نائبا عن هذا المدين . وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل فى أموال المدين وتكــون ضمانا لجميع دائنيه (١) » .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحــكم واحد فى التقنينين .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخــرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٣٧ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢٦٢ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٣٩ ، وفى تقنين الموجبات والعقــود اللبنانى المادة ٢٧٦ فقرة ٤ ، وفى التقنين المــدنى الكــويتى المــادة ٣٠٩ ، وفى التقنين المدنى الاردنى المادة ٣٦٧ (٢) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٣١٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد . واقرته لجنة المراجعة وقد سئل فى هذه اللجنة عما اذا كان يجوز للدائن باعتباره نائبا عن المــدين ان يتصالح على الحق الذى يستعمله باسم المدين ، فأجيب بأنه لايجوز ذلك لأن نيابة الدائن عن المدين مقصورة على استعمال الحق دون التصرف فيه والصلح ينطوى على تصرف . واصبح رقم المادة ٢٤٣ فى المشروع النهائى. ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٦ (مجمــوعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦١١ — ص ٦١٢) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الاخرى : التقنين المدنى السورى م٢٣٧ (مطابقة للمادة ٢٣٦ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٢٦٢ (مطابقة للمادة ٢٣٦ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٢٣٩ (مطابقة للمادة ٢٣٦ من التقنــين =

٥٤٨ ــ الفكرة الاساسية فى آثار الدعوى غير المباشرة هى نيابة الدائن عن المدين : والآثار التى تترتب على الدعوى غير المباشرة تتركز كلها فى فكرة أساسية ، هى نيابة الدائن عن المدين كما سبق القول • والنيابة هنا نيابة قانونية ، نص عليها التقنين المدنى الجديد صراحة فى صدر المادة ٢٣٦ كما رأينا • ويبرر هذه النيابة القانونية المصلحة المشروعة العاجلة التى للدائن فى استعمال حقوق مدينه ، وقد قدمنا أن هذه المصلحة هى الفكرة الأساسية التى تقوم عليها شروط الدعوى غير المباشرة •

ويلاحظ أن هذه النيابة التى أثبتها القانون للدائن عن المدين نيابة تتميز بأنها لمصلحة النائب لا لمصلحة الأصيل (١) ، وبأنها مقصورة على استعمال الحق دون التصرف فيه • ويترتب على ذلك النتائج الآتيـة :

١ ــ بالرغم من قيام هذه النيابة فانه يجب ادخال المدين ــ وهو الأصيل ــ خصما فى الدعوى ، وكان مقتضى قواعد النيابة أن دخول الأصيل فى الدعوى غير ضرورى ، بل ويكون الحكم ساريا فى حقه حتى لو لم يدخل •

٢ ــ أن المدين اذا كان قاصرا أو احتاج الى اجراءات خاصة لمباشرة الدعوى بنفسه ، فان هذا لا يكون ضروريا بالنسبة الى الدائن

= المدنى المصرى) •

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٧٦ فقرة ٤ : « وتكون نتائج الدعوى مشتركة بين جميع الدائنين بدون أن يترتب للدائن الذى شرع فى الدعوى امتياز ما على الآخرين » • (والحكم واحد فى التقنينين اللبنانى والمصرى ، رغم اختلاف العبارة والاسلوب) •

التقنين المدنى الكويتى م ٣٠٩ (مطابقة للمادة ٢٣٦ من التقنين المدنى المصرى مع اختلاف طفيف فى الصياغة •

التقنين المدنى الاردنى م ٣٦٧ (مطابقة للمادة ٢٣٦ من التقنين المدنى المصرى) •

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٨٦ •

وهو يباشر الدعوى عن المدين ، وكان مقتضى قواعد النيابة أن يكون هذا ضروريا . وقد تقدمت الاشارة الى ذلك .

٣ — لايجوز الدائن أن يصطلح على الحق الذى يستعمله باسم المدين ، فان نيابته مقصورة على استعمال الحق دون التصرف فيه . وقد ذكر هذا الحكم صراحة فى لجنة المراجعة (١) .

٤ — لا تغنى اجراءات الدعوى غير المباشرة عن اجراءات التنفيذ، فالدائن انما ينوب عن المدين فى استعمال الحق وحده ، وهو بعد الانتهاء من الدعوى غير المباشرة فى حاجة الى اتخاذ اجراءات تنفيذ مستقلة على الحق الذى استعمله باسم المدين .

وهذه الفكرة الأساسية — أن الدائن ليس الا نائبا عن المدين فى استعمال حقه (٢) — هى التى تحدد آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة الى المدين الذى يستعمل الحق باسمه ، وبالنسبة الى الخصم الذى يستعمل الحق ضده ، وبالنسبة الى الدائن الذى يستعمل الحق باسم المدين . ونستعرض هذه الآثار متعاقبة .

المبحث الأول

آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة الى المدين

٤٥٩ — **بقاء المدين محتفظا بحقه** : يبقى المدين محتفظا بحقه الذى يباشر الدائن استعماله باسمه ، ولا ترتفع عنه يده ، لأن الدائن

---

(١) انظر تاريخ المادة ٢٣٦ آنفا فقرة ٥٤٧ فى الهامش .

(٢) وهذه النيابة هى أيضا الفرق الأساسى بين الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ، فالأولى يرفعها الدائن باسم المدين ، والاخرى يرفعها الدائن باسمه خاصة . كالدعوى البوليصية الدعوى المباشرة ودعوى الصورية ، يرفعهما الدائن باسمه خاصة . راجع أيضا الاستاذ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ١٦٥ ، الاستاذ عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق فقرة ١٠٨ .

ليس الا نائبا عنه ، والقاعدة أن الاصيل يبقى حر التصرف فيما ناب عنه غيره فيه •

فيبقى المدين اذن محتفظا بحرية التصرف فى حقه حتى بعد أن يرفع الدائن الدعوى غير المباشرة • فان كان هذا الحق عينا ، فللمدين أن يبيعها أو يقايض عليها أو يهبها ، لأنه لا يزال هو المالك ، ولم تغل الدعوى غير المباشرة يده عن التصرف فى ملكه • وكل ما يستطيع الدائن أن يفعل هو أن يطعن فى تصرف المدين بالدعوى البوليصية اذا توافرت شروطها (١) • واذا كان الحق دينا ، جاز للمدين أن يتصرف فيه حوالة ببيع أو برهن أو بغير ذلك ، ولايستطيع الدائن الا الطعن فى التصرف بالدعوى البوليصية على النحو المتقدم • وفى هذا تتجلى أفضلية حجز ما للمدين لدى الغير على الدعوى غير المباشرة ، فان الحجز يرفع يد المدين عن الدين الى حد كبير • هذا الى أنه فى الدعوى غير المباشرة يستطيع مدين المدين أن يفى بالدين الى المدين ، بخلاف ما اذا حجز تحت يده فلا يستطيع أن يفعل ذلك (٢) • ومن ثم كان التجاء الدائنين الى حجز ما للمدين لدى الغير أكثر بكثير من التجائهم الى الدعوى غير المباشرة (٣) ، وقد قدمنا أن هذا هو التفسير لندرة الدعوى غير

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه وان كان المدين الذى يرفع الدائن باسمه الدعوى غير المباشرة يبقى محتفظا بحرية التصرف فى الحق المطالب به فيها ، ومن ثم يكون هذا التصرف نافذا فى حق الدائن — شأنه فيه شأن المدين الذى صدر منه — ويكون للخصم المرفوعة عليه الدعوى (مدين المدين) حق التمسك به فى مواجهة الدائن ، الا ان ذلك مقيد بشرط عدم قيام الغش والتوطؤ بين الخصم والمدين للاضرار بحقوق الدائن ، ففى هذه الحالة يحق للدائن ان يطعن فى تصرف المدين بالدعوى البوليصية (نقض مدنى ٢ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٦١ ص ٢٢٠) •

(٢) بودرى وبارد ١ فقرة ٦٤٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٩ •

(٣) بل قد يكون الواجب هو أن يوقع الدائن حجز ما للمدين لدى الغير لا ان يرفع الدعوى غير المباشرة • وقد قضت محكمة النقض بأن الدائن الذى حكم له بدينه ، ويريد اقتضاءه من مدين مدينه ، لايجوز له ان يرفع مثل هذه الدعوى ، بل له ان يحجز على ما يكون لمدينه من مال =

المباشرة فى العمل (١) .

وكما يستطيع المدين التصرف فى حقه ، يستطيع كذلك أن يصطلح عليه ، بل يستطيع أن ينزل عنه عينا كان أو دينا ، سواء كان ذلك قبل رفع الدعوى غير المباشرة أو بعد ذلك . وليس للدائن الا الالتجاء الى الدعوى البوليصية كما قدمنا (٢) .

وللمدين كذلك أن يستقضى حقه بأى سبب من أسباب استقضائه، فله أن يستوفيه ، وله أن يقضيه بالتجديد أو بالمقاصة (٣) أو باتحاد الذمة أو بالابراء ، سواء كان سبب الانقضاء حدث قبل رفع الدائن للدعوى أو بعد ذلك (٤) . وله أن يحول بحقه الى محال له (٥) ، كما سبق القول .

٥٥٠ — بل لابد من دخول المدين خصما فى الدعوى غير المباشرة: ولا يقتصر الامر على بقاء المدين محتفظا بحقه ، بل يجب أيضا كما رأينا أن يدخل خصما فى الدعوى غير المباشرة ، والا كانت الدعوى غير مقبولة . وقد كان مقتضى النيابةأن دخوله خصما يكون غير ضرورى لكن النيابة هنا لمصلحة الدائن كما قدمنا ، فوجب أن يدخل المدين فى

= (نقد) تحت يد الغير حجزا تنفيذيا .فاذا لم يقر المحجوز لديه بالدين غشا أو تدليسا ، فله أن يرفع عليه دعوى الالزام ليحكم له بدينه تعويضا طبقا لما تقضى به أحكام المادة ٤٢٩ مرافعات (٥٦٦ جديد) (نقض مدنى ١٦ ابريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٤٩ ص ١٠٩٥) .

(١) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢١ ص ٧٦٩ وهامش رقم ١ .

(٢) لوران ١٦ فقرة ٤٠٢ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨١ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٩ — والتون ٢ ص ١٠٠ — ص ١٠١ نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢١ ص ٧٦٩ .

(٣) لوران ١٦ فقرة ٤٠٤ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٤٠ .

(٤) استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٢٥ .

(٥) استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٥٥ .

الخصومة حتى يتمكن من الرقابة والدفاع عن حقه ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك (١) .

وقد قدمنا أن الدائن اذا لم يدخل المدين خصما فى الدعوى ، جاز للخصم المرفوع عليه الدعوى أن يدفع بعدم قبولها ، الا اذا دخل المدين من تلقاء نفسه أو أدخله الخصم . ومن ثم فان الحكم الذى يصدر فى الدعوى — ودخول المدين فى الخصومة ضرورى كما رأينا — يكون ساريا فى حق المدين ، وفى حق الدائن الذى رفع الدعوى غير المباشرة ، وفى حق سائر الدائنين من دخل منهم فى الخصومة ومن لم يدخل .

أما فى التقنين المدنى السابق فلم يكن دخول المدين خصما فى الدعوى ضروريا لقبولها ، فكان من الجائز أن يرفع الدائن الدعوى غير المباشرة دون أن يدخل المدين خصما فيها . ولكن الحكم فى هذه الحالة لايكون ساريا فى حق المدين ، ولا فى حق الدائنين الذين لم يدخلوا فى الخصومة (٢) . فكان للمدين أن يقيم الدعوى من جديد على الخصم ،

---

(١) يصرح بعض الفقهاء فى فرنسا (انظر بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣٧ وفقرة ٦٤٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢٢ — دى هلتس ١ لفظ (créancier) فقرة ٣١ — فقرة ٣٢ وفقرة ٣٥) بخطأ القول بنيابة الدائن عن المدين ، ويستندون فى ذلك الى ان النيابة انما تكون فى صالح الاصيل لا فى صالح النائب . وليست الحجة التى يستندون اليها بحجة مقنعة ، فانه اذا كانت النيابة كقاعدة عامة فى صالح الاصيل دون النائب . فليس فى طبيعتها ما يمنع من ان تكون فى صالح النائب دون الأصيل .

ومما يلاحظ فى هذا الصدد ان الدعوى غير المباشرة ليست دعوى مستقلة فى يد الدائن ، بل هى نفس دعوى المدين يباشرها الدائن باسمه ، ولذلك قيل لا توجد دعوى واحدة غير مباشرة ، بل توجد دعاوى غير مباشرة بقدر ما للمدين من الدعاوى (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٩٥ — جوسران ٢ فقرة ٦٦٣) . وهذه الملاحظة من شأنها ان تؤيد فكرة النيابة التى اخذ بها صراحة التقنين المدنى الجديد (انظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢١ ص ٧٧٠ هامش رقم ٣) .

(٢) استئناف مختلط ٥ يونيه ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢ .

بل وكان لأى دائن لم يدخل فى الدعوى أن يعيد رفعها باسم المدين (١) . ولما كانت هذه النتيجة غير مرغوب فيها ، فقد جرت العادة ، كما قدمنا ، أن الدائن يدخل المدين خصماً فى الدعوى ، والا أدخله الخصم أو القاضى ، أو دخل هو من تلقاء نفسه (٢) . وقد بسط التقنين الجديد هذه التعقيدات ، بأن أوجب ادخال المدين خصما فى الدعوى على النحو الذى بسطناه فيما تقدم (٣) .

المبحث الثانى

آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة الى الخصم

٥٥١ - علاقة الخصم بالدائن : والخصم فى علاقته بالدائن يستطيع أن يدفع الدعوى بجميع الدفوع التى كان له أن يواجه بها المدين لو أنه هو الذى رفع الدعوى (٤) . وهذا تطبيق آخر لأحكام النيابة .

فله أن يتمسك بجميع أسباب انقضاء الدين . كالوفاء (٥) والتجديد واتحاد الذمة والمقاصة والابراء والتقادم وغير ذلك . سواء كان سبب الانقضاء سابقا على رفع الدعوى أو تاليا له . كما سبقت الاشارة الى ذلك .

---

(١) ويتبين من ذلك انه اذا لم يدخل المدين خصما فى الدعوى ، فان الحكم الذى يصدر لصالحه يستفيد منه والدائنون الذين لم يدخلوا فى الدعوى . أما اذا صدر الحكم ضده ، فلا يكون حجة عليه لا هو ولا دائنيه المذكورين (بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٣٠ ص ٤٥٣) .

(٢) أنظر فى كل ذلك نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢٢ ، والاحكام المشار اليها والمراجع . وانظر آنفا فقرة ٥٣٩ .

(٣) أنظر آنفا فقرة ٥٣٩ .

(٤) تولييه ٧ فقرة ٥٦٨ - ديمولومب ٢٥ فقرة ١١٦ - لوران ١٦ فقرة ٤٠١ - أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ٨٣ - بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣٨ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٩ .

(٥) ولا حاجة لأن تكون المخالصة الصادرة من المدين ثابتة التاريخ لتكون حجة على الدائن (استئناف مختلط ٣ يونية سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٦٣) .

كذلك للخصم أن يطعن فى العقد الذى يتمسك به الدائن باسم مدينه بجميع أوجه البطلان التى كان يتمسك بها فى مواجهة المدين . وله كذلك أن يتمسك ذلك فى مواجهة الدائن باجازه المدين لعقد قابل للابطال كما كان يستطيع ذلك فى مواجهة المدين نفسه ، حتى لو كانت هذه الاجازة قد صدرت بعد رفع الدعوى ، دون اخلال بحق الدائن فى الطعن فى هذه الاجازة بالدعوى البوليصية .

كذلك للخصم أن يتمسك قبل الدائن بأى اتفاق بينه وبين المدين فى شأن موضوع النزاع ، كما اذا تمسك بالاتفاق مع المدين على البقاء فى الشيوع لمدة لاتزيد على الحد القانونى فى دعوى قسمة رفعها الدائن، أو بصلح تم مع المدين على الحق الذى رفع به الدائن الدعوى ، أو بعقد مستتر بينه وبين المدين يناقض العقد الظاهر الذى رفع الدائن الدعوى غير المباشرة على أساسه (١) ، أو بحجية الأمر المقضى (٢) .

وبوجه عام ليس للدائن الذى يقيم دعوى باسم مدينه حق أكثر مما للمدين نفسه (٣) . فلا يسوغ للدائن اذن أن يسلك طريقا من طرق الاثبات ما كان للمدين أن يسلكه (٤) . واذا كان الحق المرفوع به

---

(١) دى هلتس ١ لفظ (créancier) فقرة ٣٣ .

(٢) استئناف مختلط ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٢ جازيت ١٣ رقم ٢٩٥ ص ١٧٣ — ٢٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٩٣ . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، بأنه ليس للخصم أن يحتج على الدائن بحوالة صدرت من المدين ولم تستوف شرائطها القانونية (١١ يونية سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٩١ : ولكن كان يمكن اعتبار تمسك الخصم بالحوالة بمثابة قبول لها) .

(٣) محكمة المنصورة المختلطة الجزئية ٤ فبراير سنة ١٩١٤ جازيت ٤ رقم ١٩٦ ص ٨٤ .

(٤) استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢١٧ — محكمة أسيوط الكلية استئنافى ٣٠ اكتوبر سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٦٢ ص ١٤١ .

الدعوى غير المباشرة هو حق المشترى فى أخذ المبيع ولم يكن الثمن قد دفع ، فدائن المشترى عندما يستعمل هذا الحق يجوز أن يواجهه البائع بوجوب دفع الثمن (١) .

ولكن ليس للخصم أن يدفع دعوى الدائن بدفوع خاصة بشخص هذا الدائن ، كوقوع مقاصة بين الخصم والدائن شخصيا ، لأن الدائن انما ينوب عن المدين فلا يتمسك قبله الا بما يتمسك به قبل المدين (٢).

وللخصم ــ والمدين لابد أن يكون قد أدخل خصما فى الدعوى كما تقدم القول ــ أن يقيم فى مواجهة المدين دعوى من دعاوى المدعى عليه . وكان لايستطيع ذلك فى عهد التقنين المدنى السابق لو أن المدين لم يدخل خصما فى الدعوى ، لأن الخصم كان عندئذ لايجد أمامه الا الدائن يقيم فى مواجهته دعوى المدعى عليه ، والدائن اذا كان يستطيع أن يكون مدعيا باسم مدينه فهو لايستطيع أن يكون مدعى عليه باسم هذا المدين (٣) .

---

(١) استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢١٧ .

(٢) ديمولومب ٢٥ فقرة ١١٧ ــ بودرى وبارد ١ فقرة ٦٤٢ ــ بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٩ . ولكن يجوز للخصم أن يوفى الدائن الدين الذى له فى ذمة المدين ، ويكون الوفاء صحيحا فى هذه الحالة ، وبذلك ترتفع عن الدائن صفته ، ولايستطيع أن يستمر فى مباشرة الدعوى اذ لم تعد له مصلحة فى ذلك (لوران ١٦ فقرة ٤٠٦ ــ لارومبيير ٢ م ١١٦٦ فقرة ٣٣ ــ بودرى وبارد ١ فقرة ٦٤٣ ــ بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٤٠٥) . ويفعل الخصم ذلك اذا كان الدين الثابت فى ذمته اكبر من الدين الثابت فى ذمة المدين للدائن (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢١) . واذا كان للخصم دين فى ذمة الدائن يعادل الدين الذى للدائن فى ذمة المدين ، فلا يستطيع الخصم اجراء المقاصة كما قدمنا لأن الحقين غير متقابلين ، ولكنه يستطيع الاتفاق مع الدائن على أن ينزل له عن الدين الذى له فى ذمته وفاء للدين الذى فى ذمة المدين للدائن ، فيصبح الدائن بعد ان استوفى حقه لا مصلحة له فى أن يستمر فى مباشرة الدعوى على النحو الذى قدمناه . ثم يرجع الخصم على المدين بما وفاه من دينه ، وله عندئذ أن يجرى مقاصة بين ما وفاه من أجله وما هو فى ذمته له .

(٣) لوران ١٦ فقرة ٤٥٤ ــ بودرى وبارد ١ فقرة ٦١٤ ــ بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢٠ ــ نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢٣ هامش رقم ٣ .

٥٥٢ - علاقة الخصم بالمدين : أما علاقة الخصم بالمدين فتبقى هى العلاقة الاصلية ، علاقة مدين بدائن . وللخصم أن يفى دينه للمدين ويكون الوفاء صحيحا كما قدمنا ، وله أن يصطلح عليه معه ، وأن يجدده وما الى ذلك مما سبقت الاشارة اليه .

المبحث الثالث

آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة الى الدائن

٥٥٣ - لا يستأثر الدائن وحده بنتيجة الدعوى : والدائن الذى يستعمل الحق باسم مدينه هو نائب عنه كما قدمنا . ويترتب على ذلك أن الحكم الذى يصدر فى الدعوى ضد الخصم انما يصدر لصالح المدين لا لصالح الدائن ، والمدين وحده هو الذى يفيد مباشرة منه . ويترتب على ذلك أيضا أن الدائن يطالب الخصم فى الدعوى غير المباشرة بمقدار الحق الثابت فى ذمة الخصم للمدين ، لابمقدار الحق الثابت فى ذمة المدين للدائن ، سواء كان المقدار الاول أقل من الثانى أو أكثر (١) . ويترتب على ذلك أخيرا أن ما حكم به للمدين يدخل فى أموال المدين فيندرج ضمن الضمان العام للدائنين ، فيفيد منه جميع الدائنين ، سواء من دخل منهم خصما فى الدعوى ومن لم يدخل ، ولا يستاثر به الدائن الذى رفع الدعوى أو الدائنون الذين دخلوا فى الخصومة . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٢٣٦ اذ تقول : « وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل فى أموال المدين ، وتكون ضمانا لجميع دائنيه » (٢) .

---

(١) على أن الخصم اذا رأى أن ما فى ذمة المدين للدائن اقل مما فى ذمته هو للمدين فانه يستطيع أن يفى الدائن حقه ، فينهى الدعوى بذلك على النحو الذى قدمناه (لوران ١٦ فقرة ٤٠٦ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢١ - والتون ٢ ص ١٠١) .

(٢) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٤ وص ٦١١ .

٥٥٤ — تزاحم الدائنين : وينبنى على أن الحق المحكوم به للمدين يكون ضمانا عاما لكل الدائنين ، أن لهؤلاء أن ينفذوا عليه جميعا فيقسموه فيما بينهم قسمة غرماء (١) . بل انه كان لأحد من هؤلاء الدائنين — ولو لم يكن الدائن الذى رفع الدعوى — على الحق المحكوم به ما يجعله يتقدم فيه على سائر الدائنين ، كما اذا كان له رهن أو امتياز ، فانه يتقاضى حقه قبل الجميع (٢) .

على أنه يلاحظ أن تزاحم الدائنين انما يكون اذا تقدموا جميعا فى الوقت المناسب . أما اذا لم يتقدم أحد منهم حتى حكم فى الدعوى غير المباشرة ، وانتهى الدائن الذى رفع الدعوى من اجراءات التنفيذ بحقه فانه يستقل بما حصل عليه ولا يشترك الباقى معه فيه (٣) . أما

---

(١) استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٨ — ٥ نوينه سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١ — ١٥ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦ — ١٥ يونيه سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٦٣ — والتون ٢ ص ٩٩ — ١٠٠ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢٥ ص ٧٧٤ هامش رقم ٢ .

وقد قضت محكمة النقض بانه اذ اجاز التقنين المدنى فى المادة ٢٣٥ لكل دائن ان يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين الا ما كان منها متصلا بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز ، فقد أوجب على الدائن الذى يطالب بحق مدينه إن يقيم الدعوى باسم المدين ليكون المحكوم به حقا لهذا المدين ، ويدخل فى عموم أمواله ضمانا لجميع دائنيه ويتقاسموه قسم غرماء : نقض مدنى فى ٢٠ يناير سنة ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ رقم ١٦ ص ١٠١ ونقض مدنى ٢٩ أبريل سنة ١٩٧٥ المجموعة السابقة السنة ٢٦ رقم ١٦٥ ص ٨٤٤ .

(٢) لوران ١٦ فقرة ٤٠٧ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٤٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢٣ .

(٣) استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٨٠ — ١١ يونيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٩١ — ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٦ — ٥ يونيه سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١ — ١٥ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢٣ .

ذلك أن الدعوى المباشرة — كالدعوى البوليصية ودعوى الصورية — لاتتخذ فيها اجراءات جماعية باسم جميع الدائنين كما هى الحال فى الافلاس التجارى . أما فى القانون الرومانى فقد كانت الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية يباشرها نائب عن جميع الدائنين (magister, curator bonorum) =

اذا مات المدين فتركته مستوبه عن ديونه جميعا ، ولايجوز لاحد من الدائنين ، اذا عين للتركة مصف ، أن يسابق الباقى ويسبق الى استيفاء حقه قبل الآخرين ، حتى لو كان هو الدائن الذى رفع الدعوى غير المباشرة (١) •

لذلك كثيرا ما يحتاط الدائن عند رفع الدعوى باسم المدين ، فيتخذ الى جانب اجراءات رفع الدعوى اجراءات أخرى تكفل له الاستيلاء على مايحكم به ضد الخصم والتنفيذ عليه بحقه • وفى هذا يقوم الدائن بعملين متميزين أحدهما عن الآخر : رفع الدعوى غير المباشرة باسم مدينه وهذا لا يقتضى أكثر من أن يكون حقه خاليا من النزاع كما تقدم القول ، ثم اتخاذ اجراءات ضد المدين نفسه بعد أن يدخله فى الدعوى • وهذه الاجراءات أما أن يريد بها المطالبة بحقه وفى هذه الحالة يكفى أن يكون هذا الحق مستحق الأداء ، واما أن يريد بها التنفيذ وفى هذه الحالة يجب أن يكون الحق ثابتا فى سند قابل للتنفيذ • واتخاذ اجراءات التنفيذ فى وقت رفع الدعوى غير المباشرة يكفل للدائن أن يستولى لنفسه على مايحكم به ليستوفى حقه ، فيأمن بذلك الى حد كبير مبادرة المدين الى التصرف فى حقه قبل أن ينفذ عليه الدائن • ولكن هذا لا يمنع بقية الدائنين من الدخول فى الدعوى ، أو من الاشتراك فى اجراءات التنفيذ ، فيقسم الحق بينهم جميعا قسمة غرماء (٢) •

= وكانتا تدخلان الاجراءات التى تتبع لتصفية أموال المدين المفلس ، ولم يكن القانون الرومانى يميز بين الافلاس التجارى والافلاس المدنى (لابيه فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٥٦ المجلد التاسع ص ٢٠٨) •

(١) استئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٨٦ — ٦ يونيه سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٠١ •

(٢) ديمولومب ٢٥ فقرة ١٣٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٤٥ مكررة — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢٤ •

الفـرع الثـالث



الدعـــوى المباشرة

(Action direte)

٥٥٥ — مكان الدعوى المباشرة : رأينا فيما قدمناه عن الدعـوى غير المباشرة ندرة هذه الدعوى فى العمل وقلة فائدتها للدائن الـــذى يباشرها ، ويرجع ذلك بنوع خاص الى تزاحم الدائنين مع الدائن الذى رفع الدعوى ، ولهذا يعمد المشرع ، فى بعض الحالات التى يرى فيها أن يولى الدائن حماية خاصة ، الى أن يجعل لهذا الدائن — الى جانب الدعوى غير المباشرة التى يشترك فى فائدتها معه سائر الـــدائنين — دعوى مباشرة (action directe) قبل مدين المدين ، ويستأثر الدائن ، بفضل هذه الدعوى المباشرة ، بالحق الذى لمدينه فى ذمة مدين المدين ، ويصبح بمثابة دائن له امتياز على هذا الحق يتقدم بمقتضـاه على سائر الدائنين ليســـتوفى منه حقه (١) ، ونرى من ذلك مابين

---

* مراجع : سرجان (Sergent) فى الدعاوى المباشرة رسالة من باريس سنة ١٩٠٣ — سوليس (Solus) فى الدعاوى المباشرة رسالة من باريس سنة ١٩١٤ — دبريه (Debray) حقوق الامتياز على الديون والدعاوى المباشرة رسالة من باريس سنة ١٩٢٨ — بينيه (Binay) الدعوى المباشرة رسالة من باريس سنة ١٩٣٢ — روبينـــو (Robino) فى حقوق الامتياز وأسباب التقدم الاخرى على الديون رســالة من بوردو سنة ١٩٥٠ — ديموج ٧ فقرة ٩٨٩ — فقرة ١٠١٨ — فلاتيه (Flattet) فى العقود لحساب الغير باريس سنة ١٩٥٠ فقرة ١٣٤ — فقرة ١٤٤ — بيدان وفوران (Beudant et Voirin) ١٣ فقرة ٢٥٢ — فقرة ٢٦٣ .

(١) دى باج ٢ فقرة ٧١٦ — هذا وقد يتصور فرق بين حق الامتياز والدعوى المباشرة ، فلو اجتمع دائنان ، أحدهما له دعوى مباشرة لا حق امتياز ، ورفع الثانى الدعوى غير المباشرة وحكم له على مدين المدين ووفى هذا للمدين بما فى ذمته ، فان صاحب الدعوى المباشرة لا يملك فى هـــذه الحالة الا ان يشترك مع الدائن الآخر فيقسما الحق بينهما قسمة غـرماء ، وهذا بخلاف ما اذا كان للدائن حق امتياز بدلا من الدعوى المباشرة فـانه فى هذه الحالة يتقدم على الدائن الآخر . والأفضل للدائن ، اذا لم تكن له الا دعوى مباشرة ، ولم يكن له حق امتياز ، ان يدخل خصما فى الدعوى غـــير المباشرة التى رفعها الدائن الاخر ، ويطلب من مدين المدين أن يفى له بالدين =

الدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة من تقابل يحمل على معالجة الثانية عقب الاولى ، وهذا ما فعلناه فى كتاب نظرية العقد (١) ، ونفعله الآن هنا ، وفعله قبلنا بعض الفقهاء (٢) .

على أن الدعوى المباشرة تعتبر من ناحية أخرى ، وفى الصور التى يكون فيها حق المدين فى ذمة مدين المدين ناشئا عن عقد ، خروجا على القواعد العامة التى تقضى بأن العقد لايكون ساريا الا فى حق أطرافه ، فلا يتعدى أثره الى الغير (٣) . ذلك أن العقد الذى أنشأ حقا للمدين فى ذمة مدين المدين يجعل لدائن المدين سبيلا مباشرا الى هذا الحق دون أن يكون هذا الدائن طرفا فى العقد . مثل ذلك مانصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٥٩٦ مدنى من أنه « يكون المستأجر من الباطن ملزما بأن يؤدى للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتا فى ذمته للمستأجر الأصلى وقت أن ينذره المؤجر » . فهذا عقد ايجار من الباطن أنشأ لأحد طرفيه ، وهو

= مباشرة فيستقل به دون سائر الدائنين (نظرية العقد للمؤلف فقره ٧٢٦ ص ٧٧٥ هامش رقم ٢) .

(١) وان كنا قد اوردنا الدعويين ، فى كتاب نظرية العقد ، مع الدعوى البوليصية ودعوى الصورية فى صدد الكلام فى اثر العقد بالنسبة الى الاشخاص .

(٢) انظر ديموج ٧ فقرة ٩٨٩ وما بعدها — جوسران ٢ فقرة ٦٧٣ .

والفرق بين الدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة ، ان الاولى يقيمها الدائن باسم مدينة يطالب فيها بحق هذا المدين ومايقضى به فيها يدخل فى عموم أموال المدين ضمانا لحقوق جميع دائنيه يتقاسمونه فيما بينهم قسمة غرماء ، أما الدعوى المباشرة فيقيمها الدائن باسمه للمطالبة بحق مباشر له يطلب الحكم به لمصلحته لا لمصلحة مدينه ولذا فهو يستأثر بما يقضى به فى تلك الدعوى : راجع فى ذلك نقض مدنى ٢٩ أبريل سنة ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ رقم ١٦٥ ص ٨٤٤ .

(٣) وتقضى قاعدة نسبية آثار التصرفات القانونية ، ان التصرف القانون لاينتج آثارا إلا بالنسبة لاطرافه . وهذا الحكم هو الذى يتفق وطبائع الاشياء كما ذهب الى ذلك جانب من الفقه فى فرنسا . وفضلا عن ذلك فان لهذه القاعدة جذورها فى القانون الرومانى اذ عبر عنها فقهاء القانون الرومانى بالقاعدة اللاتينية الشهيرة (Res inter alio acta) وترجع هذه القاعدة الى ما كان للشكليات من اهميته فى القانون الرومانى . وتبعا لذلك فلم يكن من المتصور ان ينتج التصرف القانونى آثارا بالنسبة لغير أطرافه ، وهم الذين نطقوا بالعبارات والالفاظ اللازمة لابرام التصرف =

المستأجر الأصلى ، حقا فى ذمة الطرف الآخر ، وهو المستأجر من الباطن. أما المؤجر فهو ليس طرفا فى عقد الايجار من الباطن ، وكان ينبغى ألا يسرى هذا العقد فى حقه . ومع ذلك فان النص المتقدم الذكر يجعل للمؤجر دعوى مباشرة يطالب بمقتضاها المستأجر من الباطن بالحق الذى أنشأه فى ذمته لمصلحة المستأجر الاصلى عقد لم يكن المؤجر طرفا فيه وهو عقد الايجار من الباطن . ومن ثم يعالج بعض الفقهاء (١)، الدعوى المباشرة كاستثناء للقاعدة التى تقضى باقتصار أثر العقد على طرفيه ، وهذا أيضا وضع منطقى سليم .

ولما كانت الدعوى المباشرة انما تتقرر ، كما سنرى ، بنص تشريعى خاص ، شأنها فى ذلك شأن حق الامتياز ، فان التقنين المدنى المصرى ، الجديد والقديم ، والتقنينات المدنية العربية الأخرى لم تعرض لهذه الدعوى بنص عام ، مقتصرة على الحالات التى قررتها فيها بنصوص خاصة ، وذلك فيما عدا تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فانه أورد نصا عاما فى الدعوى المباشرة عقب النص الذى أورده فى الدعوى غير المباشرة ، هو المادة ٢٧٧ وتجرى على الوجه الآتى : « يكون الأمر على خلاف ماتقدم (أى لا تكون نتيجة الدعوى مشتركة بين جميع الدائنين) اذا كان القانون يمنح الدائنين على وجه استثنائى حق اقامة الدعوى المباشرة ، فان نتائجها تعود الى المدعى دون سواء ، ولا يلزمه أن يقسم الربح بينه وبين سائر الدائنين . على أن هذه المعادلة لا يمكن اجراؤها الا اذا كانت مقررة بنص صريح يفسر بمعناه المحصور (٢) » .

وسنورد الحالات التى نص المشرع فى التقنين المدنى المصرى

= القانونى راجع رسالة محمد على عمران المقدمة الى جامعة باريس سنة ١٩٦٦ .

(١) أنظر دى باج ٢ فقرة ٧١٣ — الاستاذ حلمى بهجت بدوى فى نظرية العقد فقرة ٢٦١ . ويرى الاستاذان اسماعيل غانم وشمس الدين الوكيل ان المكان الطبيعى لدراسة الدعوى المباشرة تفصيلا يكون عند دراسة نظرية التأمينات (الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ١٣٥ هامش رقم ١) .

(٢) أنظر فى ذلك الدكتور صبحى المحمصانى فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٥٩ — ص ٦٠ .

الجديد على أن الدائن يكون له فيها دعوى مباشرة ضد مدين المدين ، ثم نبحث الأساس القانوني والتصوير الفني للدعوى المباشرة .

المبحث الاول

حالات الدعوى المباشرة في التقنين المدني المصري

٥٥٦ — المؤجر مع المستأجر من الباطن : تنص المادة ٥٩٦ من التقنين المدني المصري على ما يأتي :

« ١ — يكون المستأجر من الباطن ملزما بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتا في ذمته للمستأجر الأصلي وقت أن ينذر المؤجر » .

« ٢ — ولايجوز للمستأجر من الباطن أن يتمسك قبل المؤجر بما يكون قد عجلة من الأجرة للمستأجر الأصلي ، ما لم يكن ذلك قد تم قبل الانذار وفقا للعرف أو لاتفاق ثابت تم وقت الايجار من الباطن »(١) .

ويتبين من هذا النص أن للمؤجر دعوى مباشرة ضد المستأجر من الباطن ، يستطيع بموجبها أن يطالبه بالاجرة وبغير ذلك من الالتزامات التي أنشأها عقد الايجار من الباطن في ذمة المستأجر من الباطن للمستأجر الأصلي ، كالتعويض عن الحريق وعن التلف ونحو ذلك . والمقدار الذي يطالب به المؤجر المستأجر من الباطن هو المقدار الذي في ذمة المستأجر من الباطن للمستأجر الأصلي وقت أن ينذر

---

(١) ليس الغرض من ايراد النصوص التي تنشيء الدعاوى المباشرة شرح هذه النصوص ، فهذا الشرح مكانه في العقود التي تقررت فيها هذه الدعاوى . ونقتصر هنا على استخلاص المقومات الرئيسية للدعوى المباشرة كما وردت في هذه النصوص — هذا ويوجد في التقنينات المدنية العربية الاخرى نصوص ، كنص المادة ٥٩٦ مصري ، تجعل للمؤجر دعوى مباشرة ضد المستأجر من الباطن : في التقنين المدني السوري المادة ٥٦٣ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتان ٥٨٧ — ٥٨٨ وفي التقنين المدني الكويتي المادة ٢/٦٠٢ .

المؤجر المستأجر من الباطن أن يدفع له هذا المقدار (١) ، وليس المقدار الذى فى ذمة المستأجر الأصلى للمؤجر ، الا اذا كان هذا المقدار الثانى أقل من المقدار الاول فتكون العبرة بالمقدار الأقل .

ولولا هذا النص لما جاز أن يكون للمؤجر هذه الدعوى المباشرة ضد المستأجر من الباطن ، ولما استطاع المؤجر أن يرجع على المستأجر من الباطن الا بالدعوى غير المباشرة (٢) ، ولزاحمه فى نتيجة هذه

(١) ولا يعتد - كما يقول النص - بالأجرة التى عجلها المستأجر من الباطن للمستأجر الاصلى عن مدة انتفاع مستقبلة ، الا اذا كان تعجيل الاجرة قد تم قبل الانذار وكان متفقا مع العرف أو مع اتفاق ثابت بين المستأجر الاصلى والمستأجر من الباطن تم وقت عقد الايجار من الباطن . ويترتب على ذلك أنه اذا عجل المستأجر من الباطن الاجرة للمستأجر الأصلى بعد الانذار ، فلا يكون هذا التعجيل نافذا فى حق المؤجر حتى لو كان متفقا مع العرف أو مع اتفاق ثابت . أما اذا عجل الاجرة قبل الانذار ، فان هذا التعجيل يكون نافذا فى حق المؤجر بشرط أن يكون متفقا مع العرف او مع اتفاق ثابت .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بان مفاد المادتين ٥٩٦ و ٥٩٧ من القانون المدنى أنه فى الايجار من الباطن تبقى العلاقة بين المؤجر والمستأجر الاصلى خاضعة لاحكام عقد الايجار الاصلى ، فيطالب كل منهما الآخر بحقوقه بمقتضى هذا العقد ، ويسرى على العلاقة بين المستأجر الاصلى والمستأجر من الباطن أحكام عقد الايجار من الباطن ، ولاينشىء هذا العقد علاقة مباشرة بين المستأجر من الباطن والمؤجر الاصلى الا فى شىء واحد هو الاجرة ، فيكون المستأجر من الباطن ملزما بان يؤدى للمؤجر مباشرة مايكون ثابتا فى ذمته للمستأجر الاصلى من الاجرة ومن وقت انذار المؤجر له عن المدة التى تلى الانذار على نحو ما فصلته المادة ٥١٧ من القانون المدنى . أما سائر الحقوق والالتزامات الاخرى الناشئه عن عقد الايجار فتبقى العلاقة بالنسبة لها غير مباشرة ما بين المؤجر الاصلى والمستأجر من الباطن يتوسط بينهما المستأجر الاصلى ، ولاينشىء عقد الايجار من الباطن - ولوكان قد صرح للمستأجر فى عقد الايجار الاصلى بالتاجير من الباطن - الا اذا قبل المؤجر الاصلى الايجار من الباطن بعد تمامه دون تحفظ أو استوفى الاجرة من المستأجر من الباطن : نقض مدنى فى ٣٠ أبريل سنة ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ رقم ١٧٢ ص ٨٩٦ .

الدعوى سائر دائنى المستأجر الأصلى (١) • ويترتب على قيام دعوى مباشرة للمؤجر ضد المستأجر من الباطن أن للمؤجر أن يحجز بحقه حجز ما للمدين لدى الغير تحت يد مدين المستأجر من الباطن ، أى تحت يد مدين مدين مدينه ، ولم يكن ليستطيع ذلك لو لم تكن له دعوى مباشرة تجعل المستأجر من الباطن مدينا له مباشرة ، فيكون مدين المستأجر من الباطن مدينا لمدينه ، فيصح الحجز تحت يده (٢) •

٥٥٧ — المقاول من الباطن والعمال مع رب العمل : وتنص المادة ٦٦٢ من التقنين المدنى المصرى على ما يأتى :

« ١ — يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول فى تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لايجاوز القدر الذى يكون مدينا به للمقاول الاصلى وقت رفع الدعوى • ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلى ورب العمل » •

« ٢ — ولهم فى حالة توقيع الحجز من أحدهم تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلى امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلى أو للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز • ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه • ويجوز أداء هذه المبالغ اليهم مباشرة » •

« ٣ — وحقوق المقاولين من الباطن والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة مقدمة على حقوق من ينزل له المقاول عن دينه قبل رب العمل » (٣) •

---

(١) وقد كان التقنين المدنى السابق لايحتوى على نص مقابل للمادة ٥٩٦ من التقنين المدنى الجديد ، ومن ثم لم يكن للمؤجر ضد المستاجر من الباطن الا الدعوى المباشرة (أنظر عقد الأيجار للمؤلف فقرة ٤٢٣ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢٦ ص ٧٧٦) .

(٢) ديموج ٧ فقرة ٩٩٣ .

(٣) وهذه الدعوى المباشرة وحق الأمتياز هذا مقرران أيضا فى التقنين المدنى السورى (م ٦٢٨) ؛ وفى التقنين المدنى العراقى (م ٨٨٣) وفى التقنين المدنى الليبى (م ٦٦٠) ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (م ٦٧٨) ، وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٦٨٢ .

ويتبين من هذا النص أن العقد ما بين المقاول ورب العمل ينشىء دعوى مباشرة لعمال المقاول وللمقاولين من الباطن ضد رب العمل ، يطالبون بموجبها رب العمل بما فى ذمته للمقاول وقت رفع الدعوى المباشرة ، الا اذا كان ما لهم فى ذمة المقاول أقل من هذا المقدار فيطالبون رب العمل بما لهم فى ذمة المقاول فقط ، ولما كانت الدعوى المباشرة هنا قد أعطيت لدائنين متعددين ، فان كلا منهم يتقاضى من مدين مدينه ، وهو رب العمل ، بنسبة ماله من حق اذا لم يكن دين رب العمل للمقاول يتسع للوفاء بحقوقهم جميعا كاملة .

كذلك لعمال المقاولين من الباطن دعوى مباشرة على النحو المتقدم ، ضد المقاول الأصلى وهو مدين مدينهم ، بل وضد رب العمل وهو مدين مدين مدينهم (١) .

ولهؤلاء الدائنين جميعا — عمال المقاول الأصلى وعمال المقاول من الباطن والمقاولين من الباطن — الى جانب الدعوى المباشرة حق امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلى أو للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز منهم تحت يد رب العمل أو تحت يد المقاول الأصلى ، كل منهم بنسبة حقه ، ويتقدمون بفضل هذا الامتياز على

---

(١) ويترتب على ذلك ان يكون لعمال المقاول من الباطن دعوى مباشرة قبل كل من المقاول الأصلى وهو مدين مدينهم ، كما انه يكون لهم دعوى مباشرة قبل رب العمل وهو مدين مدين مدينهم . ويكون لهؤلاء العمال دعوى مباشرة قبل المقاول الاصلى بقدر ما هو مدين به قبل المقاول من الباطن وقت رفع الدعوى . ويتحدد كذلك مقدار المبلغ الذى يجب على رب العمل أن يدفعه الى عمال المقاول من الباطن بالقدر الذى يكون رب العمل مدين به لهذا المقاول . ويترتب على اعطاء هؤلاء العمال هذا الحق انه من وقت انذارهم لرب العمل بأن يدفع لهم ما هو مدين به للمقاول ، فانه لا يجوز بعد هذا الانذار لرب العمل ان يتقدم بالوفاء للمقاول وانما يجب عليه الوفاء مباشرة لعمال المقاول بالقدر الذى يكون هو مدينا به للمقاول راجع محمد على عمران فى شرح قانون العمل والتأمينات الاجتماعية ص ٣٦٩ .

جميع دائنى المدين المحجوز عليه ، بل ويتقدمون بفضل هذا الامتياز أيضا على تنازل له المدين المحجوز عليه عن حقه قبل المحجوز لديه ولو كان هذا التنازل سابقا على الحجز .

فهنا قد أنشأ النص دعوى مباشرة للدائن ضد مدين مدنيه ، بل وضد مدين مدين مدينه فى بعض الصور ، ودعم هذه الدعوى المباشرة بحق امتياز (١) .

٥٥٨ - **الموكل مع نائب الوكيل** : وتنص المادة ٧٠٨ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ - اذا أناب الوكيل عنه غيره فى تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصا له فى ذلك ، كان مسئولا عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ، ويكون الوكيل ونائبه فى هذه الحالة متضامنين فى المسئولية » .

« ٢ - أما اذا رخص للوكيل فى اقامة نائب عنه دون أن يعين شخص النائب ، فان الوكيل لا يكون مسئولا الا عن خطأه فى اختيار نائبه أو عن خطأه فيما أصدر له من تعليمات » .

« ٣ - ويجوز فى الحالتين السابقتين للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر » (٢) .

---

(١) والمادة ٦٦٢ من التقنين المدنى المصرى أوسع نطاقا من نظيرتها المادة ١٧٩٨ من التقنين المدنى الفرنسى من وجوه عدة : (أ) الدعوى المباشرة فى التقنين المصرى أعطيت للعمال فحسب بل أيضا للمقاولين من الباطن ، ولم تعط فى التقنين الفرنسى الا للعمال ، (ب) يدعم حق الامتياز الدعوى المباشرة فى التقنين المصرى ، وليس هناك حق امتياز فى التقنين الفرنسى . (جـ) نص التقنين المصرى على تقدم العمال والمقاولين من الباطن على من تنازل له المدين عن حقه ، وفى التقنين الفرنسى يتقدم المتنازل له اذا كان هو الأسبق ويكون التنازل نافذا فى حق العمال . (انظر فى المادة ١٧٩٨ من التقنين المدنى الفرنسى ديموج ٧ فقرة ٩٩٥) . وراجع أيضا محمد على عمران . المرجع السابق نفس الموضع .

(٢) ويقابل هذا النص فى التقنينات المدنية العربية الاخرى : فى التقنين =

ويتبين من هذا النص أن عقد الوكالة من الباطن ما بين الوكيل ونائبه ينشىء دعوى مباشرة للموكل ضد نائب الوكيل ولنائب الوكيل ضد الموكل .

وفى الصورة التى يرخص فيها الموكل للوكيل فى اقامة نائب عنه يمكن القول أن نائب الوكيل ، بفضل قواعد الوكالة المستخلصة من هذا الترخيص ، يصبح مباشرة وكيلا للموكل ، فلا حاجة لنا هنا بنص ينشىء الدعوى المباشرة . على أنه حتى فى هذه الصورة ، اذا أقام الوكيل نائبا عنه دون أن يخبره بعقد الوكالة الصادر له هو من موكله ، فان قواعد التسخير (الاسم المستعار prêt-nom) هى التى تسرى فى هذه الحالة ، ولا تسمح هذه القواعد بقيام علاقة مباشرة ما بين الموكل ونائب الوكيل ، فيكون نص المادة ٧٠٨ ضروريا لايجاد هذه العلاقة المباشرة فى صورة الدعوى المباشرة .

أما اذا لم يرخص الموكل للوكيل فى اقامة نائب عنه ، ومع ذلك أقام الوكيل نائبا ، فقواعد الوكالة وحدها لا تسمح بقيام علاقة مباشرة ما بين الموكل ونائب الوكيل لولا نص المادة ٧٠٨ .

= المدنى السورى المادة ٦٧٤ وهى مطابقة . وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٩٢٩ ، وتجرى على الوجه الآتى : «ليس للوكيل ان يوكل غيره ، الا ان يكون قد اذنه الموكل فى ذلك أو فوض الامر لراية . ويعتبر الوكيل الثانى وكيلا عن الموكل ، فلا ينعزل بعزل الوكيل الاول ولا بموته » ، فالدعوى المباشرة هنا تقوم على قواعد الوكالة . وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٧٠٨ وهى مطابقة . وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٧٨٤ ، وتجرى على الوجه الآتى : « وفى جميع الأحوال يكون نائب الوكيل مسئولا لدى الموكل مباشرة كالوكيل نفسه ، وتكون له حقوق الوكيل نفسها » ، وهذه هى الدعوى المباشرة ما بين الموكل ونائب الوكيل ، وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٧١٠ وتجرى على الوجه الاتى : « ١ — ليس للوكيل ان ينيب عنه غيره فى تنفيذ الوكالة ، الا اذا كان مرخصا له بذلك من قبل الموكل أو اجازه له القانون . ٢ — فاذا رخص الموكل للوكيل فى اقامة نائب عنه دون تعيينه لشخصه ، فان الوكيل لايكون مسئولا عن خطئه فى اختيار نائبه أو عن خطئه فيما اصدره له من تعليمات . ويجوز فى هذه الحالة للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر .

لذلك يكون نص المادة ٧٠٨ قد أنشأ فعلا دعوى مباشرة فى الحالتين اللتين عرض لهما (١) ، وعلى النحو الذى بسطناه . لولا هذا النص لما أمكن قيام الدعوى المباشرة ، ولما كانت قواعد الوكالة وحدها كافية فى ذلك (٢) .

والدعوى المباشرة تقوم ما بين الموكل ونائب الوكيل كما قدمنا . فيستطيع الموكل بفضلها أن يرجع مباشرة على نائب الوكيل بجميع حقوق الموكل ، بل ويكون الوكيل الأصلى متضامنا مع نائبه فى المسئولية . وكذلك يستطيع نائب الوكيل أن يرجع مباشرة على الموكل بجميع حقوق الوكيل . ولا يكتفى أى منهما بالدعوى غير المباشرة التى كان يقتصر عليها — فيتحمل مزاحمة دائنى مدينه — لو لم يوجد نص المادة ٧٠٨ .

٥٥٩ — المضرور مع شركة التأمين : وهناك آخيرا حالة للدعوى المباشرة تدرجب فيها التشريعات الخاصة ، وهى حالة رجوع المضرور فى حادث بدعوى مباشرة على شركة التأمين التى أمنت المسئول عن هذا الحادث . فمن الواضح أن المضرور فى الحادث يرجع على المسئول بالتعويض عن الضرر الذى أصابه ، ويرجع المسئول على شركة التأمين التى أمنت مسئوليته . أما أن يرجع المضرور بدعوى مباشرة على شركة التأمين فهذا ما لابد فيه من نص .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بان مفاد المادتين ٧٠٨ و ٧١٠ من القانون المدنى مرتبطتين أنه يجوز لنائب الوكيل ان يرجع بدعوى مباشرة على الموكل يطالبه فيها بما التزم به نحو الوكيل الاصلى ذلك سواء اكان الموكل قد رخص للوكيل الاصلى بتوكيل غيره فى تنفيذ الوكالة او لم يرخص له بذلك ، ويكون رجوع نائب الوكيل على الموكل شأنه فى ذلك شأن مايرجع به الوكيل الاصلى على الموكل من المطالبة بالمصروفات الضرورية المشروعة التى انفقها من ماله الخاص والتى استلزمها تنفيذ الوكالة (نقض مدنى فى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ رقم ٢٠٨ ص ١٣٨٦) .

(٢) أنظر فلاتيه فى العقود لحساب الغير فقرة ١٣٩ — وقارن الاستاذ حلمى بهجت بدوى فى نظرية العقد فقرة ٢٦١ ص ٣٧٥ .

وقد كفل فى فرنسا قانون ١٩ فبراير سنة ١٨٨٩ لمالك العين المؤجرة وللجيران المستأجرين أن يستوفوا التعويض ، عند احتراق العين المؤجرة ، من مبلغ التأمين على الحريق . ثم كفل قانون ٩ أبريل سنة ١٨٩٨ (ويكمله قانون ٣١ مارس سنة ١٩٠٥) للعامل المضرور فى حادث من حوادث العمل أن يرجع بدعوى مباشرة على شركة التأمين التى أمنت مسئولية رب العمل . ثم أنشأ قانون ٢٨ مايو سنة ١٩١٣ حق امتياز للمضرور فى أى حادث على مبلغ التأمين الذى اشترطه المسئول فى التأمين على مسئوليته . وانتهى الأمر فى فرنسا الى تعميم الدعوى المباشرة ، فقضت المادة ٥٣ من قانون ١٣ يوليه سنة ١٩٣٠ باعطاء الدعوى المباشرة لكل مضرور فى حادث ضد شركة التأمين التى أمنت المسئول .

أما فى مصر فقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد ينص فى المادة ٨٣٢ منه على أنه « لايجوز للمؤمن أن يدفع لغير المصاب مبلغ التأمين المتفق عليه كله أو بعضه ، ما دام المصاب لم يعوض بما لا يجاوز هذا المبلغ عن الأضرار التى نشأت عنها مسئولية المؤمن له » فكان هذا النص يجعل للمضرور دعوى مباشرة قبل شركة التأمين ، فيتقاضى منها فى حدود مبلغ التأمين التعويض المستحق له ، دون أن يزاحمه فى ذلك دائنو المسئول . ولكن هذا النص قد حذف ، وترك الأمر فيه لتشريع خاص يصدر فيما بعد . وحتى يصدر هذا التشريع متضمنا النص المحذوف ، لا يمكن القول بأن للمضرور دعوى مباشرة قبل شركة التأمين ، ولا يرجع المضرور على الشركة الا بطريق الدعوى غير المباشرة ، وذلك بأن يستعمل دعوى مدينه المسئول وفى هذه الحالة يزاحمه دائنوه (١) .

ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المضرور فى حادث يستطيع الرجوع مباشرة على شركة التأمين ، ولا تستطيع

---

(١) انظر الوسيط الجزء الاول فقرة ٦٥٧ .

الشركة أن تدفع دعوى المضرور الا فيما يجاوز مبلغ التأمين المتفق عليه ، طبقا للحدود المرسومة لمسئوليتها (١) • والقول بأن للمضرور أن يرجع مباشرة على شركة التأمين دون نص تشريعى لا يمكن تخرجه ، وفقا للقواعد العامة ، الا عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير ، فيقال ان المسئول عندما تعاقد مع شركة التأمين اشترط مبلغ التأمين لمصلحة المضرور ، فصار للمضرور حق مباشر — لا دعوى مباشرة (٢) — قبل الشركة • ويجب الرجوع فى ذلك الى وثيقة التأمين ، لينظر هل يمكن أن يستخلص من نصوصها هذا الاشتراط (٣) •

ولما أصدر المشرع القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ فى شأن التأمين الاجبارى من المسئولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات ، نص فى مادته الخامسة على أن للمضرور فى هذه الحوادث حق الرجوع بالتعويض على شركة التأمين المؤمن لديها وذلك بدعوى مباشرة • وقد جرى قضاء محكمة النقض على أنه قبل العمل بأحكام القانون

---

(١) استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٨٧ — وانظر ايضا : استئناف مختلط ١٨ ابريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٥٧ — ١٩ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٠٥ — عكس ذلك : استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨٩ . وانظر الاستاذ حلمى بهجت بدوى فى نظرية العقد فقرة ٢٦٠ ص ٣٧٣ .

(٢) وسنرى ان الحق المباشر للمنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير ليس هو الدعوى المباشرة .

(٣) استئناف مختلط ١٥ يونية سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦ — الوسيط الجزء الاول الطبعة الثالثة المجلد الثانى فقرة ٦٥٧ص١٣٨١ هامش رقم ١ .
ويؤسس جانب من الفقه فى فرنسا ومصر الدعوى المباشرة التى للمضرور قبل المؤمن على نظرية الاشتراط لمصلحة الغير . غير ان هذا التأسيس لا يستقيم وما اتجهت اليه اردة المؤمن له ، اذ انه لم يقصد افادة المضرور ، وانما كان يبغى فقط حماية نفسه من الآثار التى تترتب على ما قد يحدثه للغير من اضرار . واذا انتفى عن الاشتراط لمصلحة الغير هذا الركن النفسى وهو قصد اعطاء الغير حقا ، اصبح من غير الممكن ان تؤسس الدعوى المباشرة المقررة للمضرور عليه (راجع محمد على عمران فى الرسالة السابقة ص ١٥٦ — ١٦٥ .

سالف البيان لا يكون للمضرور حق الرجوع على شركة التأمين بحق مباشرة الا حيث تتضمن وثيقة التأمين اشتراطا لمصلحة الغير (١) • اما بعد العمل بأحكام ذلك القانون فقد أصبح للمضرور الحق فى الرجوع على شركة التأمين بدعوى مباشرة لاقتضاء التعويض عن الضرر الذى اصابه نتيجة حادث السيارة دون اشتراط أن يستصدر أولا حكما بتقرير مسئولية المؤمن له عن الحادث وتحديد مبلغ التعويض المستحق عنه ودون ضرورة لاختصام المؤمن له فى الدعوى ، ذلك ان التزام المؤمن طبقا لاحكام القانون سالف الذكر يمتد الى تغطية المسئولية عن افعال المؤمن له ومن يسأل عنهم وغيرهم من الأشخاص غير المصرح لهم بقيادة السيارة المؤمن عليها على حد سواء ، ومن ثم فان التزام شركة التأمين بدفع مبلغ التعويض للمضرور لا يستلزم سوى أن تكون السيارة التى وقع منها الحادث مؤمنا عليها لديها وأن تثبت مسئولية قائدها عن الضرر سواء كان تابعا للمؤمن له أو غير تابع ، صرح له بقيادتها أم لم يصرح ، اذ لا تأثير لذلك كله الا بالنسبة لدعوى الرجوع المقررة للمؤمن دون أن يمتد الى حق المضرور قبل الاخير (٢) • ويلاحظ أن مسئولية شركة التأمين قبل المضرور على أساس الدعوى المباشرة لا تقوم الا اذا تحققت مسئولية المؤمن له ، فاذا قضى بعدم مسئولية المؤمن له مدينا ، انقضت بالتالى مسئولية شركة التأمين ولا يستطيع المضرور بعد ذلك ان يرجع عليها بالدعوى

---

(١) نقض مدنى فى ١٨ فبراير سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ رقم ٢٧ ص ١٧٢ — ونقض مدنى فى ٢٠ يناير سنة ١٩٧٢ المجموعة السابقة السنة ٢٣ رقم ١٦ ص ١٠١ •

(٢) نقض مدنى فى ٧ مارس سنة ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ رقم ١١٥ ص ٦٣٠ — ونقض مدنى ٩ فبراير سنة ١٩٧٨ المجموعة السابقة السنة ٢٩ رقم ٨٦ ص ٤٣٧ — ونقض مدنى فى ٢٩ يونيه سنة ١٩٧٨ المجموعة والسنة السابقة رقم ٣١١ ص ١٦١٢ •

وقد قضت محكمة النقض بأن حق شركة التأمين فى الرجوع على مالك السيارة المؤمن له لاسترداد ماتكون قد دفعته من تعويض =

المباشرة (١) •

على أن هناك حالة فى مصر ورد فيها تشريع خاص ينشىء الدعوى المباشرة • فقد قضى قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ بشأن اصابات العمل (وقد حل محل القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ (٢) بأن لكل عامل أصيب بسبب العمل وفى أثناء تأديته الحق فى الحصول من صاحب العمل على تعويض مقدر فى القانون بحسب جسامة الاصابة ، واذا كان صاحب العمل مؤمنا على حوادث العمل (وقد فرض القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٤٢ التأمين الاجبارى على أصحاب الأعمال) ، جاز للعامل أن يطالب بحقوقه رب العمل وشركة التأمين معا متضامنين • فهذا التشريع قد جعل للعامل دعوى مباشرة يرجع بها على شركة التأمين • واذا دفعت الشركة قيمة التعويض ، فانها تحل محل صاحب العمل فى حقوقه قبل المسئول عن الحادث •

ومن حالات الدعوى المباشرة أيضا ما قضت به محكمة النقض من أن الثابت فقها وقضاء أن المرسل اليه وان كان ليس طرفا فى عقد النقل الذى انعقد بين المرسل والناقل • الا أنه يكسب حقوقا ويتحمل التزامات من هذا العقد ومن بين تلك الحقوق الرجوع على الناقل بالتعويض فى أحوال الهلاك والتلف والتأخير والمرسل اليه اذ يرفع

= للمضرور فى حادث وقع من تلك السيارة ، مناطه ان يكون ذلك المالك قد وافق على قيادة مرتكب الحادث لسيارته دون ان يكون حاصلا على رخصة قيادة : نقض مدنى فى ٢٠ يونيه سنة ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ رقم ٢٨٩ ص ١٥٠٠ •

(١) نقض مدنى فى ١٥ فبراير سنة ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ رقم ٨٨ ص ٤٦٣ •

(٢) وقد الغى القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥ بالقانون رقم ٢٠٢ سنة ٩٥٨ الذى الغى بدوره بموجب القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ فى شأن التأمينات الاجتماعية وقد الغى هذا القانون الاخير بمقتضى القانون رقم ٦٣ سنة ١٩٦٤ الخاص بالتأمينات الاجتماعية ، والذى جعل هذا التأمين اجباريا • فاذا حدثت الاصابة اثناء العمل أو بسببه كان للعامل الرجوع مباشرة على هيئة التأمينات الاجتماعية لمطالبتها بالتعويض المستحق له ، بل ان اهمال رب العمل فى القيام بواجب التأمين على عماله لا يترتب عليه عدم مسئولية هيئة التأمينات الاجتماعية قبل هؤلاء العمال •

على الناقل دعوى المسئولية فى هذه الاحوال استعمالا لحق مباشر أقره المشرع عليه فى المادة ٩٤ من قانون التجارة (١) .

على أنه فى عقد النقل البحرى ، يتم تفريغ البضاعة بمعرفة مقاول يعمل لحساب الناقل وتحت مسئوليته ويكون مركزه مركز التابع للسفينة ، ولا يكون للمرسل اليه الا الرجوع على الناقل لتعويض الاضرار الناجمة عن عمل مقاول التفريغ اذ لا تربطه بهذا الاخير أية علاقة قانونية مباشرة تجيز له الرجوع عليه شخصيا ما لم يتضمن سند الشحن نصا يفوض الربان اختيار مقاول التفريغ والتعاقد معه نيابة عن ذوى الشأن ، اذ يكون للمرسل اليه فى هذه الحالة دعوى مباشرة قبل مقاول التفريغ لمساءلته عن الاضرار الناجمة عن عمله (٢) .

٥٦٠ — **حالات تلتبس خطأ بالدعوى المباشرة** : وهناك حالات يقال فيها عادة ان للدائن دعوى مباشرة ، والصحيح أن هذه الدعوى ليست بالدعوى المباشرة التى نعنيها هنا ، بل هى دعوى تقوم على أساس من القواعد العامة فلا تحتاج الى نص خاص .

من ذلك انتقال دعوى السلف الى الخلف الخاص كما فى رجوع مشترى الأرض بضمان الاستحقاق مباشرة على البائع لبائعه ، وكما فى رجوع مشترى البناء مباشرة على المهندس أو المقاول الذى تعاقد مع بائع البناء . ففى مثل هذه الأحوال يكون الرجوع لا بمقتضى دعوى مباشرة لم يرد فى شأنها نص خاص ، بل أن دعوى السلف — بائع الأرض أو بائع البناء — قد انتقلت الى الخلف — مشترى الأرض أو مشترى البناء — فرجع بها على مدين السلف . وآية ذلك أن هذه الدعوى ، بعد انتقالها الى الخلف ، لم تعد فى متناول

(١) نقض مدنى فى ٢٩ يونيه سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ٢١٢ ص ١٤٠٣ .

(٢) نقض مدنى فى ١٦ فبراير سنة ١٩٧٦ مجموعة احكام النقض السنة ٢٧ رقم ٩١ ص ٤٤٤ .

السلف (١) • وذلك بخلاف الدعوى المباشرة ، فهى تكون للدائن قبل مدين المدين ، مع بقاء دعوى المدين قبل مدين المدين •

كذلك اذا رجع من تعاقد مع النائب على الأصيل مباشرة ، فلا يرجع بالدعوى المباشرة ، ولكن بدعوى العقد ذاته الذى قام مع الأصيل مباشرة ، بعد أن اختفى شخص النائب وفقا لقواعد النيابة المعروفة •

ويرجع المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير على المتعهد بحق مباشر استمده من العقد ، وليس رجوعه بالدعوى المباشرة ، ولكن بمقتضى هذا الحق المباشر الذى أنشأه عقد الاشتراط (٢) •

ويرجع المؤجر والمتنازل له عن الايجار كل منهما على الآخر رجوعا مباشرا ، وليس هذا الرجوع بالدعوى المباشرة ، ولكن التنازل عن الايجار جعل كلا من المؤجر والمتنازل له عن الايجار مدينا مباشرة للآخر ، فأصبحت دعوى كل منهما ضد الآخر هى دعوى المدين ضد مدينه لا ضد مدين مدينه (٣) •

---

(١) وقد قضت محكمة النقض ، تأييدا لهذا المعنى ، بأن المشترى من مشتر لم يسجل عقده لا يستطيع أن يكلف البائع الاصلى بالتوقيع له هو على عقد بيع صالح للتسجيل اذ هو لم يتعاقد معه ، بل كل ماله — حتى لو قيل بوجود حق مباشر له قبله — هو أن يطلب منه التوقيع على عقد بيع صالح للتسجيل لمن اشترى منه (نقض مدنى ١٦ ابريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢٩ ص ٨٨٠) . فالدعوى التى للمشترى من المشترى قبل البائع هى نفس الدعوى التى كانت للمشترى قبل البائع ، وقد انتقلت من المشترى الى خلفه الخاص اى الى المشترى من المشترى .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد نص المادة ١٥٤/١ من القانون المدنى أنه فى الاشتراط لمصلحة الغير يتعاقد المشترط مع المتعهد باسمه لمصلحة شخصية فى تنفيذ المتعهد الالتزامات المتعاقد عليها نحو المنتفع دون ان يدخل المنتفع طرفا فى العقد وان المنتفع انما يكسب حقه مباشرة من العقد ذاته المبرم بين المشترط والمتعهد بأن تشترط الالتزامات لصالحه باعتباره منتفعا فيه ويجرى تعيينه بشخصه أو بوصفه شخصا مستقبلا أو يكون مستطاعا تعيينه وقت ان ينتج العقد اثره : نقض مدنى فى ٢٩ من أبريل سنة ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ رقم ١١١ ص ٦٩٣ .

(٣) أنظر فى بعض هذه الحالات المشتبه فيها الاستاذ حلمى بهجت بدوى فى نظرية العقد فقرة ٢٦١ .

=

المبحث الثـانى

الأساس القانونى والتصوير الفنى للدعوى المباشرة

٥٦١ ـ الدعوى المباشرة لا تزال فى طريق التطور : ويتبين ممـا تقدم أننا فى شأن الدعوى المباشرة لا نزال أمام حالات خاصـة وردت فيها نصوص تشريعية متناثرة تنشىء هذه الدعوى • ويستخلص من ذلك أن الدعوى المباشرة ، كحق الامتياز ، لا تتقرر الا بنص خـاص ، ولم توجد بعد قواعد عامة ترد اليها • ولاتزال النظرية العـامة للـدعوى المباشرة حتى اليوم فى دور التكوين ، ولم تبلغ غايتهـا من التطـور • وفى هذا المعنى يقول فلاتيه : « لانزال من الدعوى المباشرة فى مرحلة من التطور تتجمع فيها الاستثناءات تجمعا لا يخلو من عدم التناسق • وفى القانون الرومانى يوجد أكثر من مثال لنظم قانونية استخلصت مما قد تجمع من الاستثناءات • فنظرية النيابة ونظرية الاشتراط لمصلحة الغير ، كل منهما قد تم تكوينه على هذه الوتيرة • وقد كثر فى الوقت الحـاضر عدد الدعاوى المباشرة الى حد يسمح بالقول ان هناك اتجاها بارزا الى جعل العقد ينتج آثاره فى حق غير المتعاقدين • وقد سلم تسليما نهـائيا بكـل من نظـرية النيابة ونظرية الاشتراط لمصلحة الغير • وتبقى الآن الدعاوى المباشرة مصدرا تنبع منه نظرية جديدة ، تأتى لتأخذ مكانهـا الى جانب هاتين النظريتين (١) » •

= وقد قضت محكمة النقض بأنه لئن كانت العلاقة بين المؤجر الاصـلى والمستأجر من الباطن ـ فيما عدا التزام الاخير بان يؤدى للاول مباشرة ما يكون ثابتا فى ذمته للمستأجر الاصلى من الاجرة من وقت انذار المؤجر لـه عن المدة التى تلى الانذار على نحو ما فصلته المادة ٥٩٦ من القانون المدنى غير مباشرة ، الا انه يجوز للمستأجر من الباطن ان يرجع مباشرة عـلى المؤجر بدعوى المسئولية التقصيرية اذا أرتكب المؤجر أو احد تابعيه خطأ الحق ضررا بالمستأجر من الباطن : نقض مدنى فى ٣٠ أبريل سـنة ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ رقم ١٧٢ ص ٨٩٦ •

(١) فلاتيه فى العقود لحساب الغير فقرة ١٣٦ ، وانظر ايضا فقـرة ١٤٣ ص ١٩١ ص ١٩٢ •

٥٦٢ ـ الاساس القانونى للدعوى المباشرة : بدأ لابيه (Labbé) فى مقاله المعروف فى المجلة الانتقادية (١) باقامة الدعــوى المباشرة على فكرة حق الامتياز • فالدائن الذى تثبت له دعوى مباشرة ضـــد مدين مدينه هو شخص قد أوجد لمدينه حقا فى ذمة المدين ، بسبب منفعة قدمها أو بسبب خسارة تحملها ، فوجب اذن أن يكون له امتياز على هذا الحق الذى وجد بفعله • فالمؤجر قدم منفعة العين المؤجرة للمستأجر ، وبفضل هذه المنفعة أصبح المستأجر دائنا بالأجرة للمستأجر من الباطن ، ومن ثم يكون للمؤجر حق امتياز على هذه الأجرة ، اذ المنفعــة التى قدمهـــا كانت السبب فى وجود هذا الحق • والمضرور فى حادث تحمل خســـارة كانت هى السبب فى وجود حق المسئول قبل شركة التـــأمين ، فيكـــون للمضرور امتياز على هذا الحق الذى ما كان ليوجد لولا الخسارة التـــى تحملها •

وهذا الرأى على قوته ينزل الدعوى المباشرة منزلة حق الإمتياز ، ولما كان حق الامتياز لا ينشأ الا بنص خاص ، فان الدعوى المباشرة تبقى موكولة الى نصوص خاصة ، فلا ترد الى أصل عام •

وهناك من رد الدعوى المباشرة الى فكرة الاشـــــتراط لمصـــلحة الغير (٢) ، فكأن المدين قد اشترط على مدينه رجوعا مبـــاشرا لمصـــلحة دائنه • وهذا محض افتراض ، لا ينهض به أساس من الواقع •

وهناك من ردها الى فكرة النيابة (٣) ، فكأن المدين قـــد نـــاب عن دائنه فى التعاقد مع مدين المدين • وهذا أيضـــا افتراض لا يقـــوم على أساس •

---

(١) مقال فى الامتيازات الخاصة عـــلى الديون : المجلة الانتقادية سنة ١٨٧٦ ص ٥٧١ و ص ٦٦٥ . راجع أيضا اسماعيل غانم ، المراجع السابق فقـــرة ٦٥ .

(٢) الكس وايل (Alex Weill) فقرة ١٤٤ ص ٧٦٢ .

(٣) جيللوار فى الايجار ١ ص ٣٦٩ ـ جوسران ٢ فقـــرة ١٢٢٧ ـ انظر أيضا استعراضا لبعض هذه النظريات فى ديموج ٧ فقرة ١٠١٤ .

وهناك من رد الدعوى المباشرة الى فكرة الاثراء بلا سبب (١) . فالدائن قد افتقر بمقدار المنفعة التى قدمها أو بمقدار الخسارة التى تحملها ، وهذا الافتقار كان سببا فى اثراء مدين المدين ، فيكون للدائن أن يتقاضى من مدين مدينه أقل القيمتين ، قيمة الافتقار أو قيمة الاثراء. ويلاحظ على هذا الرأى أن مدين المدين لم يثر بلا سبب ، بل ان هناك سببا لاثرائه هو الدين الذى فى ذمته للمدين . كما أن افتقار الدائن يقابله الدين الذى له فى ذمة المدن . فكل من الدائن ومدين المدين يجد مقابلا لما افتقر به أو أثرى ، والذى يهمنا هو أن توجد علاقة مباشرة ما بين هذين المقابلين ، وهذا ما تعجز عن ايجاده نظرية الاثراء بلا سبب (٢) .

والمجمع عليه فى الوقت الحاضر ، وفى هذه المرحلة من مراحل تطور الدعوى المباشرة ، أن هذه الدعوى لا تثبت الا بنص تشريعى خاص (٣). وهذا يكفى للقول بأنه ليس هناك الى اليوم أصل ترد اليه الدعوى المباشرة بحيث تقوم على هذا الأصل دون حاجة الى النص .

---

(١) سوليس (Solus) ص ٢٤٧ — ديموج ٧ فقرة ١٠١٥ — الأستاذ حلمى بهجت بدوى فى نظرية العقد فقرة ٢٦٢ ص ٣٧٦ .

(٢) قارب الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٠٦ ص ١٣٨ . ويبنى فلاتيه الدعوى المباشرة على اساس اقتصادى ، فعنده أن العقد ، بحكم الغاية الاقتصادية (destination économique) التى يقوم على تحقيقها ، ينشىء الدعوى المباشرة لمصلحة أجنبى عن هذا العقد (فلاتيه فى العقود لحساب الغير فقرة ١٤٣ ص ١٩٢ وفقرة ١٤٤ ص ١٩٤) أنظر فى استعراض الاسس القانونية للدعوى المباشرة دى باج ٣ فقرة ٧٢٢ .

(٣) قارن دى باج ٢ فقرة ٧٢٣ — ويذكر مثلا على قيام الدعوى المباشرة دون نص خاص فى رجوع المشترى على البائع لبائعه بضمان الاستحقاق ، وفى رجوع المشترى على المقاول الذى تعاقد مع البائع . وقد قدمنا أن هذا الرجوع لا يكون بالدعوى المباشرة ، ولكن بنفس الدعوى التى كانت للسلف وقد انتقلت الى الخلف الخاص (انظر آنفا فقرة ٥٦٠ ، وانظر أيضا فلاتيه فى العقود لحساب الغير فقرة ١٤٠) .

وما دمنا لا نستطيع حتى اليوم أن نستقر على أصل يصلح أن يكون أساسا قانونيا للدعوى المباشرة ، فخير لنا أن نوجه العناية الى التصوير الفنى لهذه الدعوى لنستخلص خطوطه الرئيسية .

٥٦٣ — التصوير الفنى للدعوى المباشرة — الفكرة الرئيسية : نتخذ التقسيم الذى قال به لابيه (labbé) أساسا للدعوى المباشرة ، فهو خير الأسس التى قدمت لهذه الدعوى حتى الآن . فالدعوى المباشرة تقوم اما على منفعة قدمها الدائن ، أو على خسارة تحملها . فالمنفعة التى قدمها المؤجر للمستأجر كانت سببا فى الدين الذى للمستأجر فى ذمة المستأجر من الباطن ، والخسارة التى تحملها العامل المصاب فى حادث من حوادث العمل سببا فى الدين الذى لرب العمل فى ذمة شركة التأمين .

هذه السببية فى نظر المشرع ، فى حالات خاصة هو الى اليوم الذى يمسك بزمامها وهو الذى يقوم بتعيينها فى نصوص تشريعية ، أن يكون للدين محل الدعوى المباشرة صاحبان : صاحبه الأصلى وهو فى المثلين المتقدمين المستأجر الأصلى أو رب العمل ، وصاحب مضاف اليه هو نفس الدائن الذى تسبب فى ايجاد هذا الدين بالمنفعة التى قدمها أو بالخسارة التى تحملها وهو المؤجر أو العامل .

فيكون اذن للدين الذى فى ذمة مدين المدين — وهو الدين محل الدعوى المباشرة — دائنان : المدين والدائن . ويكون للدائن تبعا لذلك مدينان : المدين ومدين المدين . ولتوضيح ذلك نفرض أن الدين الذى فى ذمة مدين المدين — أى الدين محل الدعوى المباشرة — هو الأجرة المستحقة فى ذمة المستأجر من الباطن للمستأجر الأصلى . فهذا الدين له دائنان : المستأجر الأصلى والمؤجر . وللمؤجر مدينان المستأجر الأصلى والمستأجر من الباطن . وتعدد الدائنين أو المدينين فى الدين الواحد أمر مألوف فى القانون ، وهو وصف من أوصاف الالتزام . ويتميز هذا الوصف الخاص بما يأتى :

(أولا) مادام المدين (المستأجر من الباطن مثلا) له دائنان (المستأجر الأصلى والمؤجر) ، فانه متى وفى لأحدهما الدين برئت ذمته نحو الآخر ، ولكن الدائنين مع ذلك غير متضامنين .

(ثانيا) ومادام الدائن (المؤجر) له مدينان (المستأجر الأصلى والمستأجر من الباطن) ، فانه متى استوفى الدن من أحدهما برئت ذمة الآخر ، ولكن المدينين مع ذلك غير متضامنين (١) .

وعلى أساس هذه الفكرة الرئيسية ـ تعدد الدائنين لمدين واحد وتعدد المدينين لدائن واحد وذلك فى غير تضامن ـ نبحث فى الدعوى المباشرة : ١ ـ العلاقة ما بين الدائن ومدين المدين . ٢ ـ العلاقة مابين الدائن والمدين . ٣ ـ العلاقة ما بين المدين ومدين المدين .

٥٦٤ ـ العلاقة ما بين الدائن ومدين المدين : الدائن هو صاحب الدين الذى فى ذمة مدين المدين ، وهو دائن مضاف الى الدائن الأصلى كما قدمنا . وتترتب على ذلك النتائج الآتية :

١ ـ يرفع الدائن ، بصفته صاحب الدين ، الدعوى المباشرة باسمه هو لا باسم المدين . وهذا بخلاف الدعوى غير المباشرة فانه يرفعها باسم المدين كما رأينا . ولا حاجة ، فى رجوع الدائن على مدين المدين بالدعوى المباشرة ، الى أن يكون المدين معسرا ، أو أن يكون الدائن قد رجع عليه أولا ، أو أن يطلب الدائن الحلول محله .

٢ ـ يستأثر الدائن وحده بفائدة الدعوى المباشرة دون مزاحمة من

---

(١) وهذا ما يميز الدعوى المباشرة عن التضامن . وتتميز هذه الدعوى عن الحلول العينى فى ان الدائن فى الحلول العينى يستعمل دعوى مدينه بالذات لا دعوى اخرى مستقلة ، وتتميز عن حوالة الحق فى أن الدائن فى حوالة الحق يحل محل سلفه فى نفس الدعوى فلا توجد اذن دعويان مستقلتان ، وتتميز عن الاشتراط لمصلحة الغير فى أنه لا يوجد فى الاشتراط لمصلحة الغير الا دعوى مباشرة واحدة هى التى للمنتفع فى ذمة المتعهد (دى باج ٢ فقرة ٧١٩ ـ فقرة ٧٢١) .

دائنى المدين ، لأنه يرفع هذه الدعوى بصفته صاحب الدين لا بصفته دائنا لصاحب الدين ، وبذلك تقرب الدعوى المباشرة من حق الامتياز . ولكن لما كان الدائن يرجع على مدين المدن بصفته دائنا له مباشرة ، فانه يتحمل مزاحمة دائنى مدين المدين .

٣ — لمدين المدين أن يدفع دعوى الدائن — وهى الدعوى المباشرة — بجميع الدفوع الخاصة بالدائن ، وذلك الى جانب الدفـوع الخاصة بالمدين . أما فى الدعوى غير المباشرة فقد قدمنا أن مدين المدين انما يحتج بالدفوع الخاصة بالمدين دون الدفوع الخاصة بالدائن . فيجوز لمدين المدين فى الدعوى المباشرة أن يحتج بأن حق الدائن قبل المـدين قـد انقضى بالوفاء أو بالمقاصة أو بالابراء أو بالتقادم أو بغير ذلك من أسباب انقضاء الالتزام ، أو بأن العقد ما بين الدائن والمـدين باطل أو قـابل للابطال . ويجوز لمدين المدين كذلك ، فى الدعوى المباشرة ، أن يحتـج بأن حق المدين قبله هو قد انقضى وذلك قبل انذار الدائن اياه بأن يوفى له الدين ، وبأن العقد بين المدين ومدين المدين يشوبه وجه من وجـوه البطلان .

٤ — يستطيع الـدائن ان يستعمل دعوى مدين مدينه قبل مدين المدين ، لأن مدين مدينه هو مدينه المباشر كما قدمنا . ويستطيع كذلك أن يحجز تحت يد مدين مدين المدين ، لأنه يعتبر مدينا على الوجه المتقدم الذكر .

٥ — يجوز لمدين المدين أن يفى بالدين للدائن ، ويكون هذا الوفاء مبرئا لذمته قبل المدين . كما يجوز له ، قبل أن ينذره الدائن بالوفاء ، أن يفى بالدين للمدين ، ويكون هذا الوفاء مبرئا لذمته قبل الـدائن . ولكن لا يجوز للدائن أن يستوفى الدين من مدين المدين الا اذا كان الدين الذى له فى ذمة المدين مستحق الأداء ، ولا يكفى أن يكـون خاليـا من النزاع كما فى الدعوى غير المباشرة ، ولكن ليس من الضرورى أن يكون فى سند قابل للتنفيذ . ولا يجوز ، فى كل حال ، أن يستوفى الـدائن من

مدين المدين مقدارا أكبر مما له فى ذمة المدين ، فهو انما يرجع على مدين المدين بأقل القيمتين ، قيمة الدين الذى له فى ذمة المدين وقيمة الدين الذى للمدين فى ذمة مدين المدين .

٥٦٥ ـ العلاقة ما بين الدائن والمدين : يبقى المدين مدينا لدائنه ، فيكون للدائن مدينان هما المدين ومدين المدين . وتترتب على ذلك النتائج الآتية :

١ ـ يستطيع الدائن أن يستوفى دينه من المدين ، فتبرأ ذمة مدين المدين قبله .

٢ ـ وكذلك يستطيع المدين أن يوفى الدين للدائن ، فلا يرجع الدائن بشىء على مدين المدين .

٣ ـ اذا وفى مدين المدين للدائن الدين الذى فى ذمته للمدين ، وكان هذا الدين أقل مما للدائن فى ذمة المدين ، رجع الدائن على المدين بالباقى له من الدين .

٤ ـ ولو أن للدائن مدينين ، هما المدين ومدين المدين ، فليس هناك تضامن فى المسئولية بين هذين المدينين . واذا كان كل منهما مسئولا مباشرة قبل الدائن ، فلا يوجد سبب قانونى للتضامن فيما بينهما . فليست مسئوليتهما اذن مسئولة بالتضامن (sondarité) ، بل هى مسئولية مجتمعة (in solidum) (١) .

٥٦٦ ـ العلاقة ما بين المدين ومدين المدين : يبقى المدين دائنا لمدين المدين ، فيكون لمدين المدين دائنان هما المدين والدائن . وتترتب على ذلك النتائج الآتية :

١ ـ يستطيع المدين أن يستوفى الدين من مدين المدين ، وذلك الى وقت انذار الدائن لمدين المدين بالوفاء ، فتبرأ ذمة مدين المدين نحو الدائن .

---

(١) أنظر فى هذا المعنى ديموج ٧ فقرة ١٠١٢ .

٢ — يستطيع مدين المدين الى وقت انذار الدائن له بالوفاء ، أن يوفى المدين الدين ، فتبرأ ذمته نحو الدائن . وتسرى فى هذه الحالة المخالصة فى حق الدائن ولو لم تكن ثابتة التاريخ (١) .

٣ — اذا انقضى الدين ما بين المدين ومدين المدين ، قبل انذار الدائن لمدين المدين بالوفاء ، بأى سبب من أسباب انقضاء الالتزام ، كالمقاصة والابراء والتقادم ، سرى ذلك فى حق الدائن .

٤ — اذا حول المدين الدين الذى له فى ذمة مدين المدين ، قبل انذار الدائن لمدين المدين بالوفاء ، كانت الحوالة نافذة فى حق الدائن .

٥ — اذا حجز دائن للمدين تحت يد مدين المدين ، قبل انذار الدائن لمدين المدين بالوفاء ، نفذ الحجز فى حق الدائن .

٦ — بعد أن ينذر الدائن مدين المدين بالوفاء ، لا يستطيع مدين المدين أن يوفى الدين للمدين ، بل يجب أن يكون الوفاء للدائن وحده (٢). على أنه حتى فى هذه الحالة يبقى المدين دائنا لمدين المدين ، دون أن يستطيع استيفاء الدين منه . ويشبه مركزه فى هذه الحالة مركز المدين المحجوز عليه فى حجز ما للمدين لدى الغير . ويدل على أن المدين يبقى دائنا لمدين المدين أن مدين المدين متى وفى الدين للدائن ، اعتبر هذا الوفاء لحساب المدين من الدين الذى له فى ذمة مدين المدين ، وخصم ما وفى به من الدين الذى فى ذمة المدين للدائن (٣) .

٧ — ولو أن لمدين المدين دائنين ، هما المدين والدائن ، فليس هناك تضامن بينهما لانعدام السبب القانونى للتضامن (٤) .

---

(١) ديموج ٧ فقرة ١٠٠٣ .

(٢) حتى لو كان دين مدين المدين مقترنا بأجل أو معلقا على شرط . فيجب على مدين المدين فى هذه الحالة أن يوفى الدين لا للمدين ، وذلك بعد أن يحل الاجل أو بعد أن يتحقق الشرط (ديموج ٧ فقرة ١٠٠٨) .

(٣) قارن ديموج ٧ فقرة ١٠١٢ — فقرة ١٠١٣ . ويذهب الى أن مدين المدين، من وقت انذار الدائن له بالوفاء ، يصبح مدينا للدائن وحده ، وتنتهى مديونيته للمدين .

(٤) ديموج ٧ فقرة ١٠١٢ .

الفصــل الثــانى

الدعــــوى البوليصية (*)

أو دعوى عدم نفاذ تصرف المدين

(Action paulienne — Action révocatoire)

٥٦٧ – الأساس الذى بنيت عليه الدعوى البوليصية – عــدم الدقة فى تسميتها دعوى أبطال التصرفات : قدمنا أن الدائن ينفذ فى حقه التصرفات الصادرة من مدينه ، فاذا زادت هذه التصرفات فى أمــوال المدين قوى الضمان العام للدائن ، واذا انتقصت منها ضـــعف هــذا الضمان . والدائن فى الحالتين يتحمل أثر ذلك ، فيقوى ضـــمانه أو يضعف ، لأن المفروض هو أن المدين حسن النية فيما يصدر عنـــه من التصرفات ، وما دام الدائن لم يحصل على ضمان خاص لحقــه ، فهو متروك لهذا الضمان العام . لكن اذا لم يكن المدين حسن النيـــة وكان القصد من تصرفه الاضرار بالدائن بانقاص الضمان العام ، جاز للدائن أن يطعن فى هذا التصرف حتى لا ينصرف اليه أثره ، وهو يطعن فيـــه بالدعوى البوليصية . والمعروف أن التسمية اشتقت من إسم البريطور (Préteur) الرومانى الذى كان أول من أدخلها فى القانون الرومانى ، وان كانت صحة هذه التسمية وأنها كانت مستعملة فى القانون الرومانى

(*) مراجع : جيللوار (Guillouard) بحث فى الدعوى البوليصية — أشير (Acher) مقال فى مجلة القانون المدنى الفصـــلية ســنة ١٩٠٦ ص ٨٠ — جروبيه (Grouber) فى الدعوى البولصية فى القانون المدنى الفرنسى المعاصر رسالة من باريس سنة ١٩١٣ — فينيرون (Vigneron) فى الغش فى نقل الحقوق رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ — باســـتيان (Bastian) بحث فى اقامة نظرية عامة فى عدم النفاذ رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ — ديموج ٧ فقرة ١٠٣٠ وما بعدها — انظر أيضــا مقالين للأستاذ عبد العظيم الشقنقيرى فى مجلة الشرائع الســنة الخامســـة ص ٣٢٨ — ص ٣٣٦ و ص ٤٢٣ — ص ٤٣٠ — وراجع الاستاذ اسماعيــل غانم . المرجع السابق فقرة ٦٦ وما بعدها ، الاستاذ عبد المنعم البدراوى . المرجع السابق فقرة ١١٥ وما بعدها . =

أصبحت الآن محل شك كبير (١) •

وكانت هذه الدعوى تسمى « بدعوى ابطال التصرفات » ، وقد استعمل التقنين المدنى السابق (م ١٤٣/٢٠٤) لفظ « ابطال » فى صددها ، وان كان قد عدل فى مكان آخر (م ٥٥٦/٦٨٠) الى لفظ « الطعن » وهو أدق من لفظ الابطال • والواقع من الامر أن الدائن ، كما رأينا ، لا يبطل تصرف المدين ، بل هو يطلب عدم نفاذ هذا التصرف فى حقه (أنظر المادة ٢٣٧ من التقنين المدنى الجديد) • فاذا أجيب الى طلبه ، لم يسر التصرف فى حقه ، ولكنه يبقى قائما بين المدين ومن صدر

= وفى الفقه الفرنسى راجع مازو دروس فى القانون المدنى . الجزء الثانى فقرة ٩٨٠ وما بعدها ، كاربونتين ، القانون المدنى الجزء الثانى فقرة ٢٢٤ وما بعدها .

(١) ويبدو أن البريطور « بولص » هذا ليس الا شخصا خياليا اخترعه بعض المحشين (glossateurs). ولم تكن الدعوى البوليصية فى عهد القانون الرومانى المدرسى دعوى واحدة ، بل كانت دعاوى متعددة أعطيت لحماية الدائنين فى حالات مختلفة ، ولم تتوحد فى دعوى واحدة الا فى عهد جوستنيان . وكان لهذه الدعاوى فى اجراءات القانون الرومانى الطابع الجماعى (caractère collectif) ، اذ كانت لا تعطى الا ضد المدين المفلس لجماعة الدائنين فى شخص ممثل لهم هو الذى كان يوكل اليه تصفية أموال المدين (curator bonorum vendendorum)، فكانت فائدتها تعود على جماعة الدائنين ، لا تختص بواحد منهم دون الآخرين . وقد انقلبت الدعوى البوليصية فى القانون الحديث من دعوى جماعية (action collective) الى دعوى فردية (action individuelle) (مقال الأستاذ أشنير Acher فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٠٦ ص ٨٥ — جيرار Girard ص ٤٣٥ — ص ٤٣٧ — أكارياس Accarias ٢ فقرة ٨٥٢ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٤١٣) .

وقد نبتت الدعوى البوليصية على هذا النحو فى تربة عملية ، ثم أقرتها التقاليد ، فأصبح لأحكامها مميزان : (أ) فهى أولا أحكام تقليدية ، ولذلك تصطدم فى بعض تفصيلاتها مع المنطق ، وقد ردها التقنين المدنى المصرى الجديد الى المنطق فى كثير من هذه التفصيلات . (ب) وهى ثانيا أحكام عملية ، فللاعسار معنى عملى فى هذه الاحكام ، ولا يعتد بالثمن الذى يعطيه المشترى للمدين ما دام يتعذر عمليا على الدائن أن ينفذ عليه (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢٨ ص ٧٧٨ هامش رقم ٣) .

له التصرف . لذلك كان الأولى تسمية الدعوى البوليصية بدعوى عدم نفاذ تصرف المدين فى حق الدائن ، ويصح أن تختصر هذه التسمية فتكون « دعوى عدم نفاذ تصرف المدين (أنظر المادة ٢٤٣ من التقنين المدنى الجديد) ، أو نستبقى للدعوى التسمية التقليدية وهى « الدعوى البوليصية » .

ونرى مما تقدم أن الأساس الذى بنيت عليه الدعوى البوليصية هو أن القانون أراد حماية الدائن من غش مدينه المعسر ، فهى والدعوى غير المباشرة يواجهان معا مدينا معسرا . الا أن الدعوى غير المباشرة تعالج موقفا سلبيا للمدين المعسر هو سكوته عن استعمال حقوقه عمدا أو اهمالا ، أما الدعوى البوليصية فتعالج من المدين المعسر موقفا ايجابيا هو اقدامه على التصرف فى حقوقه عن عمد لا عن مجرد اهمال بقصد الاضرار بدائنه . ولما كان كل موقف ينظم القانون له ما يقتضيه من الحماية ، كانت الحماية التى نظمها القانون ضد العمل الايجابى أشد نشاطا من الحماية التى نظمها ضد العمل السلبى . فالدعوى غير المباشرة يرفعها الدائن باسم المدين وأثرها ينصرف الى المدين لا الى الدائن ، أما الدعوى البوليصية فيرفعها الدائن باسمه هو وأثرها ينصرف اليه لا الى المدين .

ويتبين من ذلك أن الدعوى البوليصية تختلف اختلافا واضحا عن الدعوى غير المباشرة . ويستطيع الدائن أن يستعمل الدعويين واحدة بعد الأخرى ، فيطعن فى تصرف مدينه بالدعوى البوليصية ، فاذا لم ينجح فى هذا الطعن رفع الدعوى غير المباشرة يطالب بحقوق مدينه فى هذا التصرف (١) . ولكنه لايستطيع الجمع بينهما فى اجراءات واحدة لأنهما دعويان مختلفتان كما قدمنا ، فلا يستطيع مثلا أن يطعن بالدعوى

---

(١) ديمولومب ٢٥ فقرة ١٤٨ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٤٧ — ديموج ٧ فقرة ١٠٣٠ .

البوليصية فى بيع صدر من مدينه وفى الوقت ذاته يستعمل حق هذا المدين فى المطالبة بالثمن (١) .

والدعوى البوليصية وان كانت ترفع عادة فى صورة دعوى مستقلة، الا أنه يجوز رفعها كذلك دعوى فرعية ، أو اثارتها مسألة أولية (٢) .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه وان كانت الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية تختلفان كل منهما عن الاخرى فى أساسها وشروطها وآثارها ، ومن ثم لايجوز الجمع بينهما فى آن ، الا أنه يجوز للدائن أن يستعملهما متعاقبتين احداهما بعد الاخرى . وليس من الضرورى أن ترفع الدعوى البوليصية استقلالا ، بل يصح رفعها كدعوى عارضة أو اثارتها كمسألة اولية ، ولو اثناء قيام الدعوى غير المباشرة ، متى كانت ظروف دفاع الدائن تستلزم ذلك . فاذا كان الدائن عندما ووجه فى دعواه غير المباشرة من ناظر الوقف بمصادقة مدينه على حساب الوقف قد دفع بأن هذه المصادقة باطلة لصدورها غشا وتدليسا وبالتواطؤ بين المدين وبين ناظر الوقف ، فانه لايكون قد جمع بين الدعوى غير المباشرة وبين الدعوى البوليصية فى آن ، وانما هو أثار الدعوى البوليصية كمسألة اولية ، فهو بهذا قد استعمل الدعويين على التعاقب ، ويكون من المتعين الفصل فى الدعوى البوليصية ، واذا كانت المحكمة قد قصرت بحثها على الدعوى غير المباشرة ، واعتبرت مصادقة المدين نافذة فى حقه بمقولة انه لم يرفع الدعوى البولصية ، فأنها تكون قد اغفلت الفصل فى دفاعه ويكون حكمها قد اخطأ فى تكييف هذا الدفاع ، وتعين نقضه (نقض مدنى ٢ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٦١ ص ٢٢٠) .

(٢) أنظر حكم محكمة النقض المتقدم ويقول انه ليس من الضرورى أن ترفع للدعوى البوليصية استقلالا ، بل يصح رفعها كدعوى عارضة أو اثارتها كمسألة أولية (نقض مدنى ٢ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٦١ ص ٢٢٠) . وقضت محكمة النقض أيضا بأنه لما كانت الدعوى البوليصية يقصد بها عدم نفاذ التصرف الصادر من المدين فى حق دائنيه ، كان من الجائز اثارتها كدفع للدعوى التي يرفعها المتصرف اليه بطلب نفاذ هذا التصرف ، ولا يلزم أن ترفع فى صورة دعوى مستقلة . ولا يغير من هذا أن يكون التصرف مسجلا ، فان تسجيله لايحول دون أن يدفع الدائن فى مواجهة المتصرف اليه الذى يطلب تثبيت ملكيته استنادا الى عقده المسجل بالدعوى البوليصية ، اذ ليس من شأن تسجيل التصرف أن يغير من طريقة اعمال هذه الدعوى ولا الآثار المترتبة عليها (نقض مدنى ٣٠ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٩٧ ص ٣٨٨ — انظر أيضا : نقض مدنى ١٤ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٨٤ ص ٤٩٦ — استئناف مصر ٢١ أبريل سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٧٩ =

٥٦٨ — ما استحدثه التقنين المدنى الجديد فى الدعوى البوليصية :
وقد استحدث التقنين المدنى الجديد بعض التعديلات الهامة فى الدعوى البوليصية • وأهم تعديل أدخله هو أنه جعل نفع هذه الدعوى لا يقتصر على الدائن الذى رفعها ، بل يعم سائر الدائنين ممن تتوافر فيهم شروط استعمالها • ثم أن التقنين الجديد وسع فى نطاق التصرفات التى يجوز للدائن الطعن فيها ، فشمل هذا النطاق ، ليس فحسب ، التصرفات التى تنقص حقوق المدين ، بل أيضا تلك التى تزيد فى التزاماته ، وكذلك الوفاء الحاصل من المدين المعسر وتقديمه أحد دائنيه على الآخرين دون حق • وعمد التقنين الجديد الى الاخذ بأسباب التيسير فى مسائل الاثبات ، فأقام قرائن قانونية على اعسار المدين وعلى غشه وعلى تواطؤ الخلف الاول والخلف الثانى فى هذا الغش • وجعل التقنين الجديد للخلف سبيلا لتوقى أثر الدعوى ، اذا هو أودع الثمن خزانة المحكمة • وأنشأ تقادما خاصا للدعوى مدته ثلاث سنوات ، حتى لا يطول الوقت الذى يظل فيه مصير التصرف معلقا •

على أن التقنين الجديد لم يكتف بتنظيم الدعوى البوليصية على هذا النحو ، بل عمد الى تنظيم أعم وأشمل لحالة اعسار المدين فى جملتها كما سنرى (١) •

ونبحث الدعوى البوليصية فنتكلم (أولا) فى شروط هذه الدعوى (ثانيا) وفى الآثار التى تترتب عليها •

= ص ١٦٤) . وقضت محكمة بنى سويف الكلية (حكم استئنافى) بأنه لايوجد مايمنع من رفع الدعوى البوليصية بصفة دعوى فرعية ، فاذا رفعت دعوى استحقاق العقار اثناء نظر دعوى نزع الملكية ، جاز للدائن الذى طلب نزع الملكية ان يطعن فى دعوى فرعية فى العقد الذى بنيت عليه دعوى الاستحقاق لأنه صدر من المدين اضرارا به (١٧ مارس سنة ١٩٠٨ مجموعة رسمية ١ رقم ٦ ص ١٢) .

(١) وهذا ما جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « اما الدعوى الثانية : وهى الدعوى البوليصية ، فقد عدل المشروع احكامها تعديلا جوهريا من وجوه عدة . فقد جعل منها اجراء جماعيا =

الفــرع الاول

شروط الدعـــوى البوليصية

٥٦٩ — **النصوص القانونية** : تنص المادة ٢٣٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء ، وصدر من مدينه تصرف ضار به ، أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف فى حقه ، اذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد فى التزاماته وترتب عليه اعسار المدين أو الزيادة فى اعساره ، وذلك متى توافرت الشروط المنصوص عليها فى المادة التالية » .

= مشتركة بين الدائنين (الصحيح أنها لا تزال اجراء فرديا يتخذه اي دائن مستقلا عن الدائنين الآخرين ، ولكن فائدة الدعوى هى التى أصبحت جماعية مشتركة لا يستقل بها دائن دون آخر) بعد أن كانت اجراء فرديا فى أحكام التقنين الحالى (السابق) ، فلا يقتصر نفعها فى وضعها الجديد على من يرفعها من الدائنين ، بل يشمل سائر الدائنين الذين تتوافر فيهم شرائط استعمالها ... وقد بسط المشروع كذلك من نطاق فكرة التصرف المدخول الذى يجوز الطعن فيه باستعمال تلك الدعوى ، فلم يعد أمرها قاصرا على التصرف المفقر بمعناه الضيق الجامد كما استقر فى التقاليد ، بل جاوز ذلك الى ما يستتبع زيادة التزامات المدين أو انقاص حقوقه من ضروب التصرفات ... وقد أجاز المشروع أيضا أن يطعن من طريق الدعوى البوليصية فى الوفاء الحاصل من المدين المعسر وايثاره أحد دائنيه بالافضلية بغير حق ... ويلاحظ من ناحية اخرى ان المشروع عمد الى الاخذ بأسباب التيسير والتبسيط فى كل ما يتعلق بالاثبات ، فيسر أمر اقامة الدليل على اعسار المدين وغشه واشتراك الخلف الاول والخلف الثانى فى هذا الغش .. ثم انه هيأ مخرجا للخلف ، فعصمه من آثار الدعوى اذا قام بالوفاء بحق الدائن أو قام بايداع الثمن .. وانشأ تقادما مدته سنة (أصبح ثلاث سنوات بتعديل من لجنة مجلس الشيوخ) ، حتى لا يطول امد الفترة التى يظل مصير التصرف فيها رهينا بمباشرة الدعوى . ومهما يكن مبلغ ما أدخل على الدعوى البوليصية من تعديل فهى لا تعدو أن تكون تنظيما جزئيا لاعسار المدين بالنسبة لتصرف معين صدر منه ، وهى بوضعها هذا لا تغنى عن تنظيم أعم وأشمل يتناول حالة الاعسار فى جملتها » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٤ — ص ٦٠٥) .

وتنص المادة ٢٣٨ على ما يأتي :

« ١ — اذا كان تصرف المدين بعوض ، اشترط لعدم نفاذه فى حق الدائن أن يكون منطويا على غش من المدين ، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش . ويكفى لاعتبار التصرف منطويا على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر ، كما يعتبر من صدر له التصرف عالما بغش المدين اذا كان قد علم أن هذا المدين معسر » .

« ٢ — أما اذا كان التصرف تبرعا ، فانه لاينفذ فى حق الدائن ، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا » .

« ٣ — واذا كان الخلف الذى انتقل اليه الشىء من المدين قد تصرف فيه بعوض الى خلف آخر ، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف الا اذا كان الخلف الثانى يعلم غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش ان كان المدين قد تصرف بعوض ، أو كان هذا الخلف الثانى يعلم اعسار المدين وقت تصرفه للخلف الاول ان كان المدين قد تصرف له تبرعا » .

وتنص المادة ٢٣٩ على ما يأتى :

« اذا أدعى الدائن اعسار المدين ، فليس عليه الا أن يثبت مقدار ما فى ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له ما لا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها » .

وتنص المادة ٢٤٢ على ما يأتى :

« ١ — اذا لم يقصد بالغش الا تفضيل دائن على آخر دون حق ، فلا يترتب عليه الا حرمان الدائن من هذه الميزة » .

« — واذا وفى المدين المعسر أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذى عين أصلا للوفاء ، فلا يسرى هذا الوفاء فى حق باقى الدائنين . وكذلك

لا يسرى فى حقهم الوفاء ، ولو حصل بعد انقضاء هذا الاجل ، اذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذى استوفى حقه » .

وتنص المادة ٢٤٣ على ما يأتى :

« تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف . وتسقط فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذى صدر فيه المطعون فيه (١) » .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٣٧ : ورد هذا النص فى المادة ٣١٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد . واقرته لجنة المراجعة ، واصبح المادة ٢٤٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦١٢ — ص ٦١٤) .

م ٢٣٨ : ورد هذا النص فى المادة ٣١٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد ، فيما عدا عبارة « أو كان ينبغى أن يعلم ذلك » وردت فى المشروع التمهيدى فى آخر الفقرة الأولى ، وفيما عدا عبارة « فلا يصح الدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف الا اذا كان الخلف الثانى يعلم غش المدين وعلم الخلف الاول بهذا الغش ان كان المدين قد تصرف بعوض » وهى الواردة فى الفقرة الثالثة ، فانها وردت فى المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف الا اذا كان الخلف الثانى يعلم غش المدين وقت تصرفه للخلف الأول ان كان المدين قد تصرف بعوض » . وقد أقرت لجنة المراجعة النص بعد أن حذفت عبارة « وكان ينبغى أن يعلم ذلك » من آخر الفقرة الاولى ، واصبح رقم النص المادة ٢٤٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف الا اذا كان الخلف الثانى يعلم غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش ان كان المدين قد تصرف بعوض » بالعبارة المقابلة التى وردت فى المشروع التمهيدى ، وذلك حتى « لا يكون عقد الخلف الثانى معرضا للطعن الا اذا كان عالما بعيب التصرف الأول من جهة المدين والخلف الاول » . وأصبح رقم المادة ٢٣٨ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦١٥ — ص ٦١٨) .

م ٢٣٩ : ورد هذا النص فى المادة ٣١٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « اذا ادعى الدائن اعسار المدين ، واثبت مقدار ما فى ذمته من ديون ، كان على المدين أن يثبت أن له مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها » . وفى لجنة المراجعة حول النص تحويرا جعله مطابقا لما استقر عليه =

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المواد ١٤٣/٢٠٤ و٥٥٦/٦٨٠ و٥٣/٧٦ والمادة ٧٤ من التقنين المدنى المختلط(١) .

= فى التقنين الجديد ، ليكون ادل على المعنى المقصود ، واصبح رقم المادة ٢٤٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦١٩ — ص ٦٢٠) .

م ٢٤٢ : ورد هذا النص فى المادة ٣٢٢ من المشروع التمهيدى على وجه يكاد يكون مطابقا لما استقر عليه فى التقنين الجديد . واقرته لجنة المراجعة بعد ادخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب . ثم وافقت عليه لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٤٢ ، وقد اعترض فى هذه اللجنة على ما جاء بالنص من بطلان الوفاء بحجة أن التقنين السابق يجعل الوفاء صحيحا ، فأجيب بأن قرينة الغش متوافرة قطعا ، وهذا ما يبرر الحكم الوارد فى النص . ثم اقره مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٢٨ — ص ٦٣٠) .

م ٢٤٣ : ورد هذا النص فى المادة ٣٢٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد ، فيما عدا احدى مدتى التقادم التى حددت بثلاث سنوات فقد كانت سنة واحدة فى المشروع التمهيدى . ووافقت لجنة المراجعة على النص كما هو ، واصبح رقمه المادة ٢٥٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ اقترح بعض حضرات مستشارى محكمة النقض أن تكون احدى مدتى تقادم الدعوى البوليصية ثلاث سنوات بدلا من سنة واحدة ، تبدأ من تاريخ علم الدائن بحصول التصرف او من تاريخ شهره وليس من تاريخ علمه بسبب عدم نفاذ التصرف ، فرات اللجنة الأخذ بالاقتراح فى شقة الاول وزادت مدة التقادم الى ثلاث سنوات توخيا للتيسير ، ولم تأخذ بالشق الثانى منه لأن الدائن قد يعلم بصدور التصرف ولكن لايعلم الأسباب التى تستتبع عدم نفاذه فى حقه ، واصبح رقم النص ٢٤٣ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٠ و ص ٦٣٤ — ص ٦٣٥) .

(١) نصوص التقنين المدنى السابق : م ١٤٣/٢٠٤ : « للدائنين فى جميع الأحوال الحق فى طلب ابطال الأفعال الصادرة من مدينهم بقصد ضررهم ، وفى طلب ابطال ما حصل منهم من التبرعات وترك الحقوق اضرارا بهم » .

م ٥٥٦/٦٨٠ : « لايجوز الطعن من الدائنين فى تصرف مدينهم فى أمواله بمقابل الا اذا كان التصرف حاصلا للاضرار بحقوقهم » .

م ٥٣/٧٦ : « لايجوز لأحد أن يوقف ماله اضرارا بمداينيه ، وان وقف كان الوقف لاغيا » .

=

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الاخرى : فى التقنين المدنى السورى المواد ٢٣٨ — ٢٤٠ و ٢٤٣ — ٢٤٤ ، وفى التقنين المدنى العراقى المواد ٢٦٣ — ٢٦٥ و ٢٦٨ — ٢٦٩ ، وفى التقنين المدنى الليبى المواد ٢٤٠ — ٢٤٢ و ٢٤٥ — ٢٤٦ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢٧٨ ، وفى التقنين المدنى الكويتى المواد — ٣١٠ — ٣١٧ ، وفى التقنين المدنى الاردنى المواد ٣٧٠ — ٣٧٣ (١) .

= م ٧٤ مختلط (لا مقابل لها فى التقنين الأهلى) : « لايجوز لاحد أن يهب شيئا اضرارا بمداينيه الموجودين وقت الهبة » .

وقد قدمنا مااستحدث التقنين المدنى الجديد من تعديلات هامة فى الدعوى البوليصية . وانظر فى العيوب العديدة التى تشوب نصوص التقنين المدنى السابق نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢٨) .

(١) التقنينات المدنية العربية الاخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٣٨ — ٢٤٠ و ٢٤٣ — ٢٤٤ (مطابقة لنصوص التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٢٦٣ — ٢٦٥ و ٢٦٨ — ٢٦٩ (مطابقة لنصوص التقنين المدنى المصرى) . وانظر فى شرح نصوص التقنين المدنى العراقى الدكتور حسن على الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى ص ٨١ — ص ٩٦ .

التقنين المدنى الليبى م ٢٤٠ — ٢٤٢ و ٢٤٥ — ٢٤٦ (مطابقة لنصوص التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٧٨ : يحق للدائنين الذين أصبح دينهم مستحق الاداء أن يطلبوا بأسمائهم الخاصة فسخ العقود التى عقدها المديون لهضم حقوقهم ، وكانت السبب فى احداث عجزه عن الايفاء أو تفاقم هذا العجز . أما العقود التى لم يكن بها المديون الا مهملا للكسب فلا تنالها دعوى الفسخ . وهذه الدعوى المسماة « بالدعوى البوليانية » يجوز أن تتناول أشخاصا عاقدهم المديون خدعة . غير أنه لا تصح اقامتها على الأشخاص الذين نالوا حقوقهم مقابل عوض الا اذا ثبت اشتراكهم فى التواطؤ مع المديون . ولايستفيد من نتائج هذه الدعوى الا الشخص أو الاشخاص الذين اقاموها ، وذلك على قدر ما يجب لصيانة حقوقهم . أما فيما زاد عنها فيبقى العقد قائما ، ويستمر على انتاج جميع مفاعيله . وتسقط هذه الدعوى بمرور الزمن بعد عشر سنوات .

(وتنظيم الدعوى البوليصية فى القانون اللبنانى أقرب الى التنظيم الذى اخذ به القانون الفرنسى ، ويختلف عن القانون المصرى فى بعض مسائل ، أهمها أن القانون اللبنانى لا يجعل الدعوى تفيد الا الدائن الذى رفعها دون غيره من الدائنين ، وان مدة التقادم فى هذا القانون هى عشر سنوات .ولم =

٥٧٠ — الفكرة الأساسية فى شروط الدعوى البوليصية : يمكن أن ترد شروط الدعوى البوليصية جميعا الى فكرة أساسية واحـدة هى أن المدين بغشه يقصد الاضرار بالدائن ، فهو يتصرف غشا فى ماله ، ويقصد من هذا التصرف أن ينتقص من الضمان العام لدائنيه (١) .

ويتبين من النصوص التى قدمناها أن شروط الدعوى البوليصية كشروط الدعوى غير المباشرة ، بعضها يرجع الى الدائن ، وبعضها يرجع الى التصرف الذى يطعن فيه الدائن ، وبعضها يرجع الى المدين . ثم ان التقنين المدنى الجديد قد استحدث للدعوى البوليصية ، كما رأينا ، تقادما خاصا تستكمل به شروط رفعها .

= يبين تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ما اذا كان يجوز الطعن بالدعوى البوليصية فى التصرف الذى يزيد فى التزامات المدين ، ومتى يجوز الطعن بهذه الدعوى فيما يقوم به المدين من اعمال الوفاء بالدين — انظر فى الدعوى البوليصية فى القانون اللبنانى الدكتور صبحى المحمصانى فى آثار الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٦١ — ص ٦٧) .

التقنين المدنى الكويتى م ٣١٠/٣١٧ (مطابقة لنصوص التقنين المدنى المصرى مع اختلاف طفيف فى الصياغة) .

التقنين المدنى الاردنى م ٣٧٠ : اذا احاط الدين حالا او مؤجلا بمال المدين بان زاد عليه او ساواه فانه يمنع من التبرع تبرعا لا يلزمه ولم تجر العادة به وللدائن أن يطلب الحكم بعدم نفاذ هذا التصرف فى حقه . م ٣٧١ : اذا طالب الدائنون المدين الذى أحاط الدين بماله بديونهم فلا يجوز له التبرع بماله ولا التصرف فيه معارضه ولو بغير محاباه وللدائنين أن يطلبوا الحكم بعدم نفاذ تصرفه فى حقهم ، ولهم ان يطلبوا بيع ما له والمحاصة فى ثمنه وفقا لاحكام القانون . م ٣٧٢ : اذا أدعى الدائن احاطة الدين بمال المدين فليس عليه الا أن يثبت مقدار ما فى ذمته من ديون وعلى المدين نفسه أن يثبت ان له ما لا يزيد على قيمة الديون . م ٣٧٣ : متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين يضارون به ، ويبين من هذه النصوص أن المشرع الاردنى قنن فيها السائد فى الفقه المالكى من أن المدين الذى أحاط الدين بماله تتقيد تصرفاته حتى قبل الحجر فلا تسرى فى حق دائنيه تصرفاته الضارة بهم التى صدرت منه قبل أن يحجر عليه القاضى .

(١) وقد لخصت محكمة النقض شروط الدعوى البوليصية على الوجه الآتى : اذا كانت محكمة الاستئناف قد استخلصت من وقائع =

المبحث الأول

الشروط التى ترجع الى الدائن

٥٧١ — يشترط فى الدائن أن يكون حقه مستحق الاداء : حتى يجوز للدائن أن يطعن فى تصرف المدين بالدعوى البوليصية يجب أن يكون حقه مستحق الأداء (١) وفى هذا تختلف الدعوى البوليصية عن الدعوى غير المباشرة . فقد قدمنا أنه يكفى فى الدعوى الأخيرة أن يكون حق الدائن خاليا من النزاع ولايشترط أن يكون مستحق الأداء . ويبرر هذا الفرق بين الدعويين أن الدعوى البوليصية أكبر خطرا من الدعوى غير المباشرة ، فالدائن فيها يتدخل فى أعمال المدين تدخلا خطيرا اذ يطعن فى تصرف صدر منه ؛ ويقيم الدائن الدعوى باسمه فهو يهاجم المدين بمقتضى حق ثابت له ، ولا يكون ذلك الا لأن الدائن قد اعتزم التنفيذ بحقه ، فوجب أن يكون حقه مستحق الأداء . أما فى الدعوى غير المباشرة فالدائن يقتصر على استعمال حقوق مدينه نائبا عن هذا المدين،

= هو والمتصرف له وتواطئهما على الاضرار بالدائن ، ثم طابقت ما استخلصته من ذلك وبين المعانى القانونية لاركان الدعوى البوليصية ، وهى كون دين رافع الدعوى سابقا على التصرف المطلوب ابطاله وكون هذا التصرف أعسر المدين وكون المدين والمتصرف له سيىء النية متواطئين على الاضرار بالدائن ، ثم قضت بعد ذلك بابطال التصرف ، فذلك حسبها ليكون حكمها سديد مستوفى الأسباب (نقض مدنى ١٦ ابريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٤٨ ص ١٠٩٥ — أنظر أيضا استئناف مصر ٢١ يونيه سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ رقم ١٧١ ص ٥٧٣) .

(١) نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٢ ص ٦٧٤ (حيث وردت فى الحكم عبارة « دين محقق الوجود » ويراد بها « دين مستحق الأداء ») — نقض مدنى ١٤ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٨٤ ص ٤٩٦ (حيث يصرح الحكم بأن الدين يجب أن يكون مستحق الأداء) — ومن كان حقه صوريا لا يجوز له الطعن فى تصرفات مدينه بالدعوى البولصية (استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٠٨٥) وكذلك لا يستطيع استعمال الدعوى غير المباشرة .

فالدعوى أقرب الى الأعمال التحفظية من الدعـــوى البوليصية ، فـــلم يشترط القانون فيها أن يكون حق الدائن مستحق الأداء واكتفى بـــأن يكون خاليا من النزاع • وقد صرح التقنين المدنى الجديد بهذا الفرق ما بين الدعويين ، فأعطى الدعوى البوليصية ، « لكل دائن ولو لم يـــكن حقه مستحق الأداء » (م ٢٣٥) (١) •

وبديهى أنه ما دام يشترط فى الدائن ، لرفع الدعوى البوليصية ، أن يكون حقه مستحق الأداء ، فإن هذا الحق يجب أيضا أن يكون خاليا من النزاع على النحو الذي بسطناه فى الدعوي غير المباشرة ، فـــــان استحقاق الأداء مرتبة في الحقوق أعلى من مرتبة الخلو من النـــزاع ، ومتى اشترطت المرتبة الأعلى فان المرتبة الأدنى تكـــــون ضـــــــمنا مشـــــترطة (٢) •

ويترتب على ما قدمناه أن الدائن اذا كان حقه متنازعا فيه لايستطيع استعمال الدعوى البوليصية (٣) • كذلك لا يستطيع استعمال الدعـــوى

---

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمـــال التحضيرية ٢ ص ٦٣٢ •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن حق الدائن فى طلب ابطال تصرفات مدينه الضارة به يثبت له متى اصبح دينه محقق الوجود ، واذن فمتى كان الحكم المطعون فيه اذ قضى للمطعون عليه الثانى بابطال كتاب الـــوقف قد اقام قضاءه على انه وقد قضى بتثبيت ملكية المطعون عليه سالف الذكـــر الى نصيبه المطالب بريعه فى الاطيان المتروكة عن مورثه والتى وقفتها زوجة هذا الاخير اضرارا بدائنيها فيكون دينه بمتجمد هذا الريع قد أصبح ثابتا فى ذمة الواقفة من تاريخ وفاة مورثه ، ومن ثم يكون محقق الوجود قبـــــل انشاء الوقف المطلوب الحكم بابطاله ، فان هذا الذي قرره الحكم لاخطـــأ فيه (نقض مدنى فى ١٩ ابريل سنة ١٩٥١ مجموعة احكام النقض السنة ٢ رقم ١١٢ ص ٦٧٤) •

(٣) استئناف اهلى ٢٨ يناير سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ١٠٥ — استئناف مختلط ٢٠ يونيه سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٥١ — ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٥١ — ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٨٤ — ويعتبر حق الكفيل فى الرجوع على المدين المكفول خاليا من النزاع منذ يعلن الدائن =

البوليصية الدائن الذى يكون حقه معلقا على شرط واقف (١) أو مقترنا بأجل واقف (٢) ، لان الحق حتى اذا كان خاليا من النزاع يكون غير مستحق الأداء ، وقد قدمنا أن الدائن يستطيع فى حالتى الشرط والأجل الواقفين أن يستعمل الدعوى غير المباشرة لأن الحق فى استعمال هذه الدعوى لايشترط فيه أن يكون مستحق الأداء . أما اذا كان الحق معلقا على شرط فاسخ أو مقترنا بأجل فاسخ ، فان الدائن يستطيع استعمال

= الكفيل بوفاء الدين ، ولذلك يجوز للكفيل فى هذا الوقت أن يطعن فى تصرفات المدين بالدعوى البوليصية (محكمة المنصورة المختلطة ٢٥ فبراير سنة ١٩١٣ جازيت ٣ رقم ٢٠٥ ص ١٠٩) — واذا كان حق الدائن غير خال من النزاع ، ثم صدر حكم ابتدائى يحسم النزاع لصالحه ، واستأنف المدين الحكم ، فان الدعوى البولصية توقف حتى يبت فى الاستئناف الذى يتوقف عليه مصير الحق (استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٨٤) .

(١) لوران ١٦ فقرة ٤٥٩ — هيك ٧ فقرة ٢١٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٨٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٥ — دى هلتس ١ فى الدعوى البوليصية فقرة ٤٩ .

(٢) وسنرى انه يشترط فى المدين ان يكون معسرا ، ولا تعارض بين اعسار المدين وبقاء اجل الدين فى الدعوى البولصية لسببين : ١ — الأجل لا يسقط بمجرد الاعسار ، بل يجب لسقوطه أن يصدر به حكم كما سنرى ، فجاز أن يكون المدين معسرا ، دون أن يسقط الاجل ، اذ لم يصدر حكم بالاعسار . ٢ — وللاعسار فى الدعوى البوليصية ، فوق ذلك ، معنى عملى ينطوى على كثير من المرونة ، اذ يعتبر اعسارا فى هذه الدعوى الا يكون للمدين مال ظاهر يفى بجميع ديونه حتى لو كان له مال غير ظاهر يفى بجميع الديون ، أو مال ظاهر ولكن يتعذر التنفيذ عليه . كذلك يعتبر اعسارا أن يتصرف المدين فى عين من أعيان تركة مستغرقة بالديون ، حتى لو كان عنده أموال شخصية تفى بديون التركة — ففى جميع هذه الاحوال لا يسقط وفقا للتقنين المدنى الحالى لمجرد اعسار المدين اعسارا فعليا ، بل يجوز عندئذ للدائن رفعها لان حقه غير مستحق الأداء .

ويلاحظ أن حرمان الدائن من الالتجاء الى الدعوى البوليصية ما اذا كان حقه مضافا الى اجل واقف ، لايتناقض مع شرط الاعسار اذ ان الاجل لا يسقط وفقا للتقنين المدنى الحالى لمجرد اعسار المدين اعسارا فعليا ، بل يجب أن يصدر حكم يشهر اعساره فاذا كان حق الدائن مضافا الى اجل واقف وجب عليه أولا أن يستصدر حكما بشهر اعسار المدين يترتب عليه سقوط الاجل . فاذا صدر الحكم بشهر الاعسار سقط الأجل ، جاز للدائن أن يطعن بعد ذلك بالدعوى البوليصية فى تصرفات مدينه السابقة على شهر الاعسار ، راجع الأستاذ اسماعيل غانم ، المرجع السابق فقرة ٧٥ .

الدعوى البوليصية ، لان الشرط الفاسخ والاجل الفاسخ لا يمنعان الحق من أن يكون مستحق الاداء (١) .

٥٧٢ — أى دائن حقه مستحق الأداء يستطيع استعمال الدعوى البوليصية : وأى دائن حقه خال من النزاع مستحق الاداء يستطيع استعمال الدعوى البولصية ، لا فرق فى ذلك بين دائن شخصى ودائن مرتهن ودائن له حق امتياز على النحو الذى قدمناه فى الدعوى غير المباشرة (٢) .

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٥ .

(٢) اذ لايجوز أن يكون الرهن أو الامتياز الذى أريد به تقوية حق الدائن سببا فى اضعاف هذا الحق ، وحرمان الدائن مما هو ثابت لسائر الدائنين (ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٢٨ — لوران ١٦ فقرة ٤٥٧ — هيك ٧ فقرة ٢١٩ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ١٩٣ — ص ١٩٤ وهامش رقم ٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٨٣ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٤ — دى هلتس ١ فى الدعوى البولصية فقرة ٤٧ — فتحى زغلول ص ٣٦٩) .

فاذا كان الشىء الذى تصرف فيه المدين هو غير الشىء الذى ثبت عليه حق الرهن أو حق الامتياز فالأمر ظاهر ، لأن الدائن ذا التأمين العينى يعتبر دائنا شخصيا بالنسبة الى هذا الشىء . ولكن يشترط فى هذه الحالة أن الشىء الذى ترتب عليه التأمين العينى يكون غير واف بالدين حتى يتحقق الضرر من التصرف المطعون فيه (استئناف مختلط ٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٨٣ ص ٧٠٥) . أما اذا كان الشىء الذى تصرف فيه المدين هو الذى ترتب عليه التأمين العينى ، فللدائن صاحب هذا التأمين أن يطعن كذلك فى التصرف حتى لا يكون مضطرا الى تتبع الشىء فى يد الغير فيعرضه ذلك الى خطر التطهير (أنظر فى مبررات أخرى استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٢٠ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٨٣ ص ٧٠٤ هامش رقم ٥ — انظر عكس ذلك : استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٥ — ٨ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٩٢) . ويستطيع الدائن صاحب التأمين العينى الطعن فى التصرف حتى بعد أن يمتنع عن زيادة العشر فى اجراءات التطهير أو حتى بعد أن يزيد العشر ، وحتى بعد أن يبدأ فى التنفيذ بحقه على ثمن العين (ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٢٨ — هيك ٧ فقرة ٢١٩ — لوران ١٦ فقرة ٤٥٧ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٧ هامش رقم ٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٨٣ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٤) . ويتبين مما تقدم أن المدين اذا تصرف فى الشىء المرهون ، فشرط الاعسار يأخذ معنى جديدا ، ويكفى لتوافر هذا الشرط ان يفوت الدائن التنفيذ على العين المرهونة ذاتها (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٠ هامش رقم ١) .

كذلك يجوز أن يكون حق الدائن غير مقدر مادام مستحق الأداء فيستطيع المضرور فى العمل غير المشروع ، حتى قبل أن يقدر التعويض المستحق له ، أن يستعمل الدعوى البوليصية ويطعن فى تصرف صدر من مدينه المسئول عن العمل غير المشروع بقصد « تهريب » ماله حتى لا ينفذ عليه الدائن بالتعويض المستحق له (١) .

ولا يشترط كذلك أن يكون حق الدائن ثابتا فى سند قابل للتنفيذ ، فان الدائن سيحصل على هذا السند عند رفع الدعوى البوليصية ، ذلك أن القاضى فى هذه الدعوى يبحث صفة المدعى فيثبت أمامه أنه دائن وأن حقه مستحق الأداء ، فحكمه باجابة الدائن الى الطعن بالدعوى البوليصية حكم بحق الدائن ، فيصبح هذا الحق قابلا للتنفيذ .

ولا فرق كذلك ، فى رفع الدعوى البوليصية ، بين دائن حقه نقد ودائن حقه عين ودائن حقه عمل أو امتناع عن عمل ، فالكل سواء فى استعمال هذه الدعوى ، على النحو الذى قدمناه فى الدعوى غير المباشرة .

ولا فرق أخيرا بين ما اذا كان مصدر الحق تصرفا قانونيا أو واقعة مادية ، ففى الحالتين يكون للدائن أن يستعمل الدعوى البوليصية كما أن له أن يستعمل الدعوى غير المباشرة فيما قدمناه (٢) .

ولكن يشترط ، خلافا للدعوى غير المباشرة ، أن يكون حق الدائن سابقا على التصرف المطعون فيه ، وسيأتى بيان ذلك فيما يلى .

---

(١) وكذلك يجوز للدائن فى حساب لم تنته تصفيته أن يطعن فى تصرف صدر من مدينه بالدعوى البوليصية .

(٢) وقد يكون الدائن الذى يطعن فى تصرف المدين دائنا لشركة تضامن ويكون التصرف الذى يطعن فيه صادرا من شريك غير مدين له شخصيا (استئناف مختلط ٧ يونيه سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣١٨) . ويجوز للحارس القضائى المعين بناء على طلب الدائنين أن ينضم للدائن فى الدعوى البوليصية (استئناف مختلط ٦ يونية سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٦٠ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٠ هامش رقم ١) .

المبحث الثانى

الشروط التى ترجع الى التصرف المطعون فيه

٥٧٣ — شروط ثلاثة : يشترط فيما يطعن فيه الدائن من أعمال المدين أن يكون : ١ — تصرفا قانونيا • ٢ — مفقرا • ٣ — تاليا فى الوجود لحق الدائن •

المطلب الأول

تصرف قانونى

٥٧٤ — لا طعن فى الاعمال المادية : يجب أن يكون العمل الصادر عن المدين ، ويطعن فيه الدائن ، تصرفا قانونيا (acte juridique) فاذا كان عملا ماديا ، لم يتصور الطعن فيه : فلو أن المدين تسبب عمدا أو اهمالا فى الاضرار بالغير بعمل غير مشروع ، فالتزم بالتعويض ، وجعله هذا الالتزام معسرا ، فلا سبيل للدائن الى الطعن فى العمل غير المشروع ، فان هذا العمل بحكم أنه عمل مادى نافذ ضرورة فى حق الدائن •

كذلك لو ترك المدين عينا مملوكة له فى يد الغير حتى ملكها الغير بالتقادم ، فانه لايتصور أن يطعن الدائن فى هذا العمل المادى السلبى — وهو ترك المدين العين حتى تملكها الغير — ولكن يجوز ، قبل تمام التقادم ، أن يتدخل الدائن باسم المدين فيقطع التقادم ، ويسترد العين بالدعوى غير المباشرة (١) •

---

(١) ومع ذلك فقد ذهب جانب من الفقه فى فرنسيا الى القول بأن للدائن أن يلجأ فى هذه الحالة الى الدعوى البوليصية ، فترك المدين عينا مملوكة له فى يد الغير حتى يتملكها هذا الغير بالتقادم يعتبر بمثابة الترك الارادى (l,abandon volontaire) لهذا الحق مما يجوز معه للدائن أن يطعن فيه بالدعوى البوليصية • راجع مازو المرجع السابق فقرة ٩٨٢ •

أما اذا كان العمل المادى اثراء على حساب الغير ، فان المدين لا يلتزم الا بأدنى القيمتين ، قيمة ما أثرى به هو وقيمة ما افتقر به دائنه، فلن يكون هذا الالتزام سببا فى اعسار المدين أو فى زيادة اعساره ، ولذلك لايكون الاثراء على حساب الغير قابلا للطعن فيه بالدعوى البوليصية ، ليس فحسب لأنه عمل مادى ، بل أيضا لانه لا يؤدى الى أعسار المدين (١) .

٥٧٥ — انما يكوون الطعن فى تصرف قانونى (٢) : وأى تصرف قانونى يصدر من المدين يكون قابلا للطعن فيه بالدعوى البوليصية اذا توافرت الشروط الاخرى لهذه الدعوى ، سواء كان التصرف صادرا من جانب واحد أو كان صادرا من الجانبين ، وسواء كان تبرعا أو معاوضة (٣) .

مثل التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد نزول المدين عن حق عينى (كحق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن) ، ونزوله عن وصية صادرة له ، ونزوله عن اشتراط لمصلحته ، وابراؤه مدينا له اذ

---

(١) كذلك اذا وفى المدين بدين غير مستحق عليه ، فان الوفاء مع انه تصرف قانونى يكون عادة مصحوبا بغلط ، أى أن المدين يكون حسن النية ، فلا يجوز للدائن الطعن فى هذا الوفاء بالدعوى البولصية لتخلف شرط الغش . ولكن يجوز للدائن فى هذه الحالة أن يستعمل ، بالدعوى غير المباشرة ، حق المدين فى استرداد غير المستحق .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن عدم النفاذ المنصوص عليه فى المادة ٢٣٧ من القانون المدنى يرد على التصرفات وليس على الاحكام الصادرة ضد المدين : نقض مدنى فى ١٣ ابريل سنة ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ رقم ١٦٤ ص ٩٦٢ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن استيفاء الحوالة لشروط نفاذها فى حق المدين أو حق الغير بقبولها من المدين أو اعلانه بها طبقا للمادة ٣٠٥ من القانون المدنى لا يمنع من الطعن عليها بالدعوى البوليصية المنصوص عليها فى المادتين ٢٣٧ و ٢٣٨ من القانون المدنى متى توافرت شروطها : نقض مدنى فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ رقم ٢٩٧ ص ١٥٨٠ .

الابراء تصرف قانوني صادر من جانب واحد في التقنين المدني الجديد، ووقفه عينا مملوكة له وقفا خيريا (بعد الغاء الوقف الأهلي) (١)، والأجازة الصادرة من المدين لتصحيح عقد قابل للابطال اذا كانت صحته تضر بالدائنين (٢) .

ومثل التصرفات القانونية الصادرة من الجانبين، تبرعا أو معاوضة، الهبة والبيع (٣) والمقايضة والوفاء بمقابل والشركة والصلح (٤) والاشتراط لمصلحة الغير (٥) . وسنرى أنه يجوز أيضا الطعن في اعطاء تأمين للدائن لتقديمه على غيره من الدائنين، وفي الوفاء لأحد الدائنين قبل حلول الأجل بل وعند حلوله .

٥٧٦ — صورتان للدعوى البوليصية — التدخل في القسمة والتماس اعادة النظر : وهناك صورتان خاصتان للدعوى البوليصية، هما التدخل في القسمة والتماس اعادة النظر .

أما بالنسبة الى التدخل في القسمة، فقد نصت المادة ٨٤٢ من التقنين المدني على ما يأتي : « ١ — لدائني كل شريك أن يعارضوا في

---

(١) وقد نص التقنين المدني السابق (م ٥٣/٧٦) صراحة على الوقف (استئناف أهلي ٥ يناير سنة ١٨٩٩ م ١٩ ص ١٩٢) .

(٢) بودري وبارد ١ فقرة ٦٩٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٣ .

(٣) ويلاحظ أن الهبة والبيع في مرض الموت يأخذان حكم الوصية، فلا يحتاج الدائن الى الطعن فيهما ولا في الوصية، فانه يستوفي حقه من التركة قبل استيفاء الموصى له الوصية (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٣ ص ٧٩١ هامش رقم ٦) .

(٤) استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٢٠ — ويجوز الطعن في الصلح بالدعوى البوليصية حتى بعد تصديق المحكمة عليه (استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٩١) .

(٥) كما اذا أمن المدين لمصلحة احد الدائنين أو لمصلحة أولاده، فللدائن اذا نجح في الدعوى البوليصية ان ينفذ على أقساط التأمين التي خرجت من مال المدين، لا على مبلغ التأمين الذي هو حق مباشر للمشترط لهم .

أن تتم القسمة عينا أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم ، وتوجه المعارضة الى كل الشركاء ، ويترتب عليها الزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين فى جميع الاجراءات ، والا كانت القسمة غير نافذة فى حقهم . ويجب على كل حال ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى للقسمة . ٢ — أما اذا تمت القسمة ، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها الا فى حالة الغش » . وهنا نرى الدعوى البوليصية يستعملها الدائن ، لا لإصلاح ما وقع من الضرر ، بل لمنع الضرر قبل وقوعه ، فهو يتدخل فى اجراءات القسمة حتى يراقب مدينه ويمنعه من الاضرار بحقه . على أنه اذا تمت القسمة دون تدخل الدائن فى اجراءاتها ، وتبين أن المدين قد تعمد الاضرار بحقوق الدائن ، بأن أفرز مثلا لنفسه نصيبا أقل مما يستحقه اضرارا بضمان الدائن ، فانه يجوز للدائن بعد تمام القسمة أن يطعن فيها بالدعوى البوليصية . فى صورتها العادية المألوفة ، لاصلاح ما وقع من الضرر ، مادام قد فاته أن يمنع هذا الضرر قبل وقوعه (١) .

وأما عن التماس اعادة النظر فقد نصت الفقرة الثامنة من المادة ٢٤١ من تقنين المرافعات الجديد على أنه لمن يعتبر الحكم الصادر فى الدعوى بصفة أنتهائية حجة عليه ولم يكن قد ادخل أو تدخل فيها ان يلتمس اعادة النظر فى هذا الحكم بشرط اثبات غش من كان يمثله أو تواطئه أو اهماله الجسيم . وهنا يطعن الدائن ، لا فى تصرف قانونى

---

(١) وقد قضت محكمة الاسكندرية الكلية الأهلية بانه وان كانت المادة ٤٦٠ مدنى (٨٤٢ جديد) تجيز لأرباب الديون الشخصية التى على احد الشركاء الدخول فى دعوى القسمة القائمة بين الشركاء ، فان القسمة التى تحصل بدون حضورهم لا تعتبر لاغية ، بل يجوز الغاؤها بناء على طلبهم اذا ثبت أنها أضرت بحقوقهم (١٢ اكتوبر سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٨/١) . انظر ايضا فى هذا المعنى : استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٣٢ — ١٥ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٤١ — ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٠٠ — ٢٣ اكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٥ — ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٥٦ — ٢١ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٥٢ .

صدر من مدينه ، بل فى حكم صدر ضد مدينه نتيجة لتواطؤ هذا المدين مع خصمه حتى يصدر الحكم ضده اضرارا بالدائن ، أو نتيجة لاهمال جسيم من المدين فى دفاعه عن حقه . وغنى عن البيان أن الحكم الصادر على هذا الوجه ضد المدين كان يسرى فى حق الدائن فينقص من ضمانه العام ، لولا ان اجاز تقنين المرافعات الجديد الطعن فيه عن طريق التماس اعادة النظر . وكان تقنين المرافعات السابق (م ٤٥٠ — ٤٥٦) وكذلك لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (م ٣٣٧ — ٣٣٨) وتقنين المرافعات المختلط (م ٤١٨) تنص على ان لدائن الطعن فى مثل الحكم المشار اليه عن طريق اعتراض الخارج عن الخصومة (١) . وهذه الصورة من صور الطعن — سواء عن طريق التماس اعادة النظر حاليا أو عن طريق اعتراض الخارج عن الخصومة سابقا — هى صورة خاصة للدعوى البوليصية تتلاءم مع طبيعة الحكم ، فاذا أثبت الدائن فى طعنه الذى يرفعه ضد المحكوم له غش المدين أو تواطؤه أو اهماله الجسيم ، لم يصبح الحكم المطعون فيه حجة عليه ، ولم يسر فى حقه . وتختلف هذه الصورة الخاصة عن الصورة المألوفة للدعوى البوليصية فى أمرين : ١ — يكفى فى هذه الصورة الخاصة أن يثبت الدائن اهمالا جسيما من المدين دون ان يثبت غشه . ٢ — لا يستفيد من الطعن فى هذه الصورة الخاصة الا الدائن الذى رفع الطعن دون سائر الدائنين .

المطلب الثانى

تصرف مفقر

٥٧٧ — تصرف ينقص من حقوق المدين أو يزيد فى التزاماته :

---

(١) استئناف مختلط ١٢ يوليه سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٤٦ — ٢ يونيه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٨١ — ٤ يونيه سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٢٨ — الأستاذ عبد الحميد ابو هيف فى المرافعات فقرة ١٢٨٧ — الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٠٣ — ديمولومب ٢٥ فقرة ١٥٧ — لوران ١٦ فقرة ٤٧٢ — هيك ٧ فقرة ٢٢٤ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٩٣ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٤ .

ويجب أن يكون التصرف القانونى الصادر من المدين تصرفا ينقص من حقوقه (١) أو يزيد فى التزاماته ، وهذا هو المعنى المقصـــود بالتصرف المفقـــر (acte d,appauvrissement)

على أن هذه العبارة — التصرف المفقر — كانت محدودة المعنى فى عهد التقنين المدنى السابق ، اذ جرت تقاليد الدعوى البوليصية على أن التصرف الذى يزيد فى التزاماته (٢) .

مثل أن ينقص المدين من حقوقه أن يهب عينا مملوكة له أو يبرىء مدينا من حق له فى ذمته ، فقد أنقص حقوقه اذ تبرع بحق عينى فى حالة الهبة وبحق شخصى فى حالة الابراء (٣) . كذلك رفض المدين لوصـــية يعد انقاصا لحقوقه ويجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصية ، لأن الموصى له يملك الشىء الموصى به بموجب الوصية ، فاذا رفضها بعد ذلك كـــان رفضه بمثابة نزول عن شىء مملوك له . ويجوز للدائن ، بعد الطعن فى رفض المدين للوصية ، أن يقبلها باسمه ، فان القبـــول هنا ليس مجـــرد رخصة بل هو حق يجوز للدائن استعماله باسم المدين وقد تقـــدم ذكر ذلك (٤) . كذلك اذا باع المدين عينا أو حقا شخصيا فى ذمة مدين لـــه

---

(١) وغنى عن البيـــان ان التصرف هنامعنـــاه التصرف القـــانونى دون العمل المادى ، فاذا نزع المدين من العقار المرهون رهنا رســــميا بعض توابعه التى اعتبرت عقارا بالتخصيص وشملها الرهن على هذا الاساس، فان هذا العمل المادى لا يطعن فيه بالدعوى البوليصية ، ولكنـــه باعتباره عملا ينقص من ضمان الدائن قد يكون سببا فى حلول اجل الـــدين أو فى مطالبة الدائن المدين لتأمين تكميلى ، كما تقضى بذلك الفقـــرة الاولى من المادة ١٠٤٨ مدنى (قارن مع ذلك ديموج ٧ فقرة ١٠٦١ حيث يرى جواز الطعن بالدعوى البوليصية فى هذه الحالة) .

(٢) استـــئناف مختلط ٢٦ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٨ . انظر فى القانون الرومانى جاپيس ٢ فقرة ١٩٥ .

(٣) كذلك يجوز الطعن فى قبول المـــدين لحكم صدر ضـــده (استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٩١) وفى إجازة المدين لتصرف كان قابلا للابطال (استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٧٤) .

(٤) بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٢ =

بطريق الحوالة ، فقد أنقص من حقوقه حقا عينيا أو حقا شخصيا ، أما الثمن الذى قبضه فيجب أن نفرض أنه كان ثمنا بخسا أو أنه استطاع أن يخفيه أو يبدده بحيث لا يتمكن الدائن من التنفيذ عليه بحقه (١) ، حتى يمكن القول بأن هذا التصرف المفقر كان سببا فى اعسار المدين أو فى زيادة اعساره ، وهو شرط لازم فى الدعوى البوليصية كما سنرى .

أما أن يزيد المدين فى التزاماته فكان فى عهد التقنين المدنى السابق ، كما سبق القول ، لا يعتبر تصرفا مفقرا ، فكان لا يجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصية . فاستحدث التقنين المدنى الجديد تعديلا هاما فى هذه المسألة ، اذ نص صراحة فى المادة ٢٣٧ ، كما رأينا ، على جواز الطعن بالدعوى البوليصية « اذا كان التصرف قد أنقص من حق المدين أو زاد فى التزاماته » ، وبذلك عالج عيبا تقليديا فى الدعوى البوليصية كان يستوقف النظر . فان المدين الذى يقترض حتى يزيد فى التزاماته فيعسر (٢) ، يضر بدائنيه بالقدر الذى يضرهم به لو باع عينا مملوكة

= الاستاذ عبد السلام ذهنى فقرة ٣٤٤ — قارن دى هلتس ١ فى الدعوى البوليصية فقرة ٤٤ — فقرة ٤٥ ديمولومب ٢٥ فقرة ١٦٦ ص ١٦١ — وانظر عكس ذلك : مسينا ٣ فقرة ٧١٨ ص ٣٢٤ — استئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٤٢ — ١٥ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣ .

انظر فى امكان الطعن فى رفض المدين لربح اصابة من رهان أو « يانصيب » ، وهو ربح اصبح ملكا له فرفضه يكون انتقاصا لحقوقه ، الى دى هلتس ١ فى الدعوى البوليصية فقرة ٤٦ .

(١) ومن الفقهاء فى فرنسا من يذهب الى القول بأن التصرف يكون مفقرا ويجوز تبعا لذلك للدائنين الطعن فيه بالدعوى البوليصية اذا أخرج المدين من ذمته ما لايمكن الحجز عليه بغير مشقة أو عناء ، وادخل فى ذمته فى مقابل ذلك مالا يصعب على الدائنين الحجز والتنفيذ عليه . راجع مازو المرجع السابق من ص ٨٥٨ ، وراجع أيضا محكمة باريس فى ١١ مارس سنة ١٩٥٦ . سيرى ١٩٥٦ — ٢١ .

(٢) وغنى عن البيان اننا نفترض أن المدين عندما اقترض أخفى ما اقترضه ، والا لما كان القرض سببا فى اعساره او فى زيادة اعساره متى وجد مبلغ القرض فى ماله ، اذ يكون فى هذه الحالة قد اغتنى بقدر ما افتقر ، =

له فإنقص من حقوقه وكان هذا الانقاص سببا فى اعساره ، فهو قد أضعف ضمان الدائنين فى الحالتين بعمل ايجابى ، ولا فرق بين أن يفعل ذلك بزيادة التزاماته أو بانقاص حقوقه ، فالنتيجة واحدة بالنسبة الى الدائنين ، فالمنطق اذن يقضى بجعل زيادة المدين لالتزاماته ، كانقاصه لحقوقه ، تصرفا مفقرا يجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصية ، وقد سار فعلا على هذا الرأى بعض الفقهاء فى فرنسا (١) ، ولكن تقاليد هذه الدعوى تأبى الا أن تميز بين الشيئين ، ولا تجعل التصرف المفقر الا ذلك النقص المادى فى الحقوق ، وهو النقص المباشر الذى يقع تحت الحس ، بخلاف زيادة الالتزامات فهى لا تنقص الحقوق الا بطريق غير مباشر (٢) ، ويبنى على ذلك ، اذا نحن اتبعنا هذه التقاليد ، أن المدين بدلا من أن يبيع عينا مملوكة له بثمن بخس اضرارا بدائنيه ، يشترى عينا بثمن باهظ متواطئا مع البائع حتى يصبح هذا دائنا له بالثمن أى بمبلغ جسيم يكون سببا فى اعساره ، فيصل من هذا الطريق الى الاضرار [illegible]

= فلا يكون للقرض أثر فى اعساره . وعلى هذا النحو يعلل بعض الفقهاء فى فرنسا كيف أن زيادة الالتزامات ليست عرضة للطعن فيها بالدعوى البوليصية، هذا مالم يكن المدين قد شاطر الدائن ما اقترضه ، فيكون القرض فى هذه الحالة سببا فى افتقاره (بلانيول وريبير وبولانجيه فقرة ١٤٢٤) .

(١) بودرى وبارد ١ فقرة ٧٠٩ ص ٧٣٢ وفقرة ٦٧٠ — قارن أيضا بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٨ .

ثم أن القضاء والفقه فى فرنسا يجيزان للدائن ان يطعن فى قبول الوارث المدين لتركه معسرة أو فى قبول الزوجة المدينة للروكية المعسرة . واعتراض الدائن على عمل مدينه فى هذا القبول انما يقوم على أن المدين يزيد فى التزاماته بأكثر مما يزيد فى حقوقه ، بحيث أن زيادة الالتزامات على الحقوق يترتب عليها اعساره هو . فالعمل الذى يطعن فيه الدائن هو اذن زيادة المدين لالتزاماته (نقض فرنسى ٢٦ ابريل سنة ١٨٦٩ داللوز ٦٩ — ١ — ٢٣٩ — ديمولومب ١٤ فقرة ٥٥٧ و ١٧ فقرة ١١٤ و ٢٥ فقرة ١٥٥ — لوران ٩ فقرة ٣٦٤ و ١٦ فقرة ٤٧٨ — بودرى وفال فى الميراث ٢ فقرة ١٦٨٠ — فقرة ١٦٨١ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٩٢ ص ٧١٦ بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٥ — دى باج ٣ فقرة ٢١٩ ص ٢٢٢ — ص ٢٢٣) .

(٢) ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٢٤ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ٢١٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٥ — دى هلتس ١١ فى الدعوى البوليصية فقرة ٢٤ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٤ .

بدائنيه حيث يعجز عن ذلك من الطريق الأول ، ويكون ما أعطاه القانون من الحماية للدائن باليمين قد سلبه منه بالشمال (١) . وهذه نتيجة لا يصح الوقوف عندها ، وكان الأولى عدم التقيد بتقاليد القانون الرومانى الى هذا الحد . وهذا ما فعله التقنين المدنى الجديد ، عندما نص صراحة على جواز الطعن بالدعوى البوليصية فى تصرف المدين الذى يزيد فى التزاماته (٢) . ومن ثم يجوز للمدين الطعن فى عقد القرض الذى يقترض المدين بموجبه مبلغا من المال يزيد فى التزاماته فيسبب اعساره أو يزيد فى هذا الاعسار ، وفى عقد الشركة الذى يلتزم المدين بموجبه أن يدفع مبلغا من المال كحصة له فى الشركة ويكون هذا الالتزام سببا فى اعساره ، وفى عقد التأمين الذى يلتزم المدين بموجبه أن يدفع لشركة التأمين أقساطا مرتفعة فيسبب هذا الالتزام اعساره (٣) ، وهكذا .

٥٧٨ — تفضيل دائن على آخر دون حق والوفاء لبعض الدائنين دون بعض : وهناك تصرفان قانونيان كانا محلا للجدل فى عهد التقنين المدنى السابق ، فخصهما التقنين المدنى بنص حسم به الخلاف .

فقد يتفق المدين مع أحد الدائنين على اعطائه ضمانا خاصا ، كرهن مثلا ، يتقدم به على سائر الدائنين دون حق ، أى أنه ما كان ليتقدم لولا هذا الضمان الخاص . فهل يعتبر هذا التصرف تصرفا مفقرا يجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصية ؟ كان الحكم مختلفا عليه فى عهد التقنين المدنى السابق . فكان هناك رأى يذهب الى أنه لا يجوز الطعن فى هذه الحالة ، حتى لو علم الدائن الذى حصل على هذا الضمان بغش المدين ،

---

(١) نظرية العقد فقرة ٧٣٤ ص ٧٩٦ .

(٢) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣١ .

(٣) بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٦٤٨ — والعبرة بتاريخ التصرف الذى زاد فى التزامات المدين ، فان كان هذا التصرف قد صدر قبل ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩ لم يجز الطعن فيه بالدعوى البوليصية تطبيقا لاحكام التقنين المدنى السابق ، والا جاز الطعن فيه تطبيقا لاحكام التقنين المدنى الجديد .

مادام هو يسعى للتأمين على حقه ، وهذا غرض مشروع (١) . فأورد التقنين المدنى الجديد نصا صريحا فى هذه المسألة ، اذ قضت الفقرة الأولى من المادة ٢٤٢ ، كما رأينا : بأنه « اذا لم يقصد بالغش الا تفضيل دائن على آخر دون حق ، فلا يترتب عليه الا حرمان الدائن من هذه الميزة » . ويخلص من هذا النص أن اعطاء المدين لأحد الدائنين ضمانا خاصا يجعله يتقدم على سائر الدائنين دون حق ، أى أنه ما كان ليتقدم عليهم لولا هذا الضمان ، يعتبر تصرفا مفقرا يجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصية . ويجب التمييز فى هذه الحالة بين فرضين ، فقد يكون الدائن حصل من المدين على هذا الضمان الخاص بغير مقابل ، وقد يكون أدى للمدين مقابلا له . ففى الفرض الأول يكون التصرف تبرعا ، ولا يشترط فى جواز الطعن فيه بالدعوى البوليصية غش الدائن الذى حصل على الضمان الخاص ، بل ولا غش المدين الذى أعطى هذا الضمان (٢) . أما فى الفرض الثانى ، اذا أدى الدائن مقابلا للضمان الذى حصل عليه ، كان مد فى أجل الدين أو أعطى المدين أجلا جديدا أو حط جزءا من الدين ، فان التصرف يكون معاوضة . ويشترط اذن فى جواز الطعن فيه بالدعوى البوليصية ، كما سنرى ، اثبات غش كل من المدين والدائن ، أى اثبات أنهما قصدا من هذا الضمان أن يتقدم الدائن دون حق على سائر الدائنين . وفى الفرضين ، اذا نجح الطعن فى التصرف ، اعتبر الضمان الخاص الذى حصل عليه الدائن غير نافذ فى حق سائر الدائنين ، وفقد الدائن ميزة التقدم التى كان يسعى اليها من غير حق (٣) .

---

(١) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٤٦ — ١٧ مارس سنة ١٩٢٠ جازيت ١٠ رقم ١٨٩ ص ١٤١ .

(٢) بودرى وبارد ١ فقرة ٦٦٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣٥ .

(٣) الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٧٧ ص ١٨٤ — وقد يكون من أعطى الضمان كفيلا عينيا ، فاذا كان الدائن قد ادى للمدين مقابلا لهذا الضمان ، بأن مد مثلا فى أجل الدين أو منح المدين اجلا جديدا أو حط جزءا من الدين ، فان التصرف يعتبر معاوضة بالنسبة الى الدائن وان كان يعتبر تبرعا بالنسبة الى الكفيل العينى . والعبرة فى الدعوى البوليصية بمن =

وكان استيفاء أحد الدائنين حقه من المدين ، فى عهد التقنين المدنى السابق . لا يستخلص منه تواطؤ هذا الدائن مع المدين للاضرار بحقوق الدائنين الآخرين ، حتى لو علم الدائن الذى استوفى حقه بغش المدين ، فان علمه بهذا الغش ليس بدليل على أنه متواطىء معه ، اذ هو دائن يستوفى حقه ، فهو يسعى الى غرض مشروع (١) . أما اذا كان الدين الذى وفاه المدين مؤجلا ، وعجل المدين الوفاء به متنازلا عن الأجل ، فكان يجوز الطعن بالدعوى البوليصية فى الوفاء اذا ثبت تواطؤ المدين مع الدائن الذى استوفى حقه قبل حلول الأجل (٢) . وقد أورد التقنين المدنى الجديد نصا صريحا فى هذه المسألة عدل من هذه الأحكام . اذ قضت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٢ ، كما رأينا ، بأنه « اذا وفى المدين المعسر أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذى عين أصلا للوفاء ، فلا يسرى هذا الوفاء فى حق باقى الدائنين . وكذلك لا يسرى فى حقهم الوفاء ، ولو حصل بعد انقضاء هذا الأجل ، اذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذى استوفى حقه » . ويخلص من هذا النص أن كل وفاء قبل حلول الأجل يجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصية ، ويعتبر التصرف

= حصل له التصرف ، فتكون العبرة هنا بالدائن حصل على الضمان ، ويكون التصرف معاوضة . فيشترط اذن ، حتى يطعن دائنو الكفيل العينى فى تصرفه بالدعوى البوليصية ، أن يثبتوا غش الكفيل العينى وغش الدائن الذى حصل منه على الضمان (استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩١٢م ٢٤ ، ص ١١٧ ـ ٣٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٢ ـ بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣٥ ص ٢٦٦ وتارن فقرة ٩٥٠ ـ نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٣ هامش رقم ١ ـ قارب أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ٢٠٩) .

(١) دى هلتس ١ فى الدعوى البوليصية فقرة ٢٣ ـ هالتون ١ ص ٣٤٢ ـ نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٣ هامش رقم ١ ـ استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٧٣ ـ ١٣ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٦ ـ وانظر أيضا : ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٢٥ ـ بودرى وبارد ١ فقرة ٦٩٠ ـ بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٨ .

(٢) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٣ هامش رقم ١ ـ انظر أيضا بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٨ ، وتارن بودرى وبارد ١ فقرة ٦٩٥ حيث يكتفيان بجعل الدائن الذى استوفى حقه قبل الأجل يرد الفوائد القانونية عن المدة التى كانت باقية من الأجل .

هذا تبرعا ، فلا يشترط ، خلافا لما كان عليه الأمر فى عهد التقنين المدنى السابق ، لا غش المدين الذى عجل الوفاء ولا تواطؤ الدائن الذى تعجله • أما الوفاء عند حلول الأجل فيعتبر معاوضة ، لأن الدائن انما استوفى حقه عند حلول أجله فلم يتبرع له المدين بشىء • ويجوز الطعن فى هذا الوفاء بالدعوى البوليصية ، خلافا لما كان عليه الأمر فى عهد التقنين المدنى السابق حيث كان هذا الطعن غير جائز • ولكن يشترط للطعن فى الوفاء عند حلول الأجل ما يشترط فى المعاوضات ، فيجب اثبات غش المدين الذى وفى بدينه وتواطؤ الدائن الذى استوفى حقه (١)•

---

(١) أما الوفاء بمقابل (dation en paiement) فكان فى عهد التقنين المدنى السابق ، يجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصية اذا كان المقابل الذى أخذه الدائن يزيد كثيرا على حقه ، بحيث يستخلص من ذلك تواطؤ المدين مع الدائن للأضرار بالدائنين الآخرين (استئناف مختلط ١٥ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٣ هامش رقم ١ وانظر : بودرى وبارد ١ فقرة ٦٩٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٩) . أما اذا كان الدائن لم يأخذ مقابلا لحقه الا قيمة تعادله ، فلا يجوز الطعن فى الوفاء بمقابل (استئناف أهلى ١٧ مايو سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ١٩١/٢ ص ٥٥٥ — ٢٧ مارس سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ١٩ ص ٨٤ — استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٧٩ — ١٧ ابريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٧ — ٣٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٣ هامش رقم ١ . وانظر : لوران ١٦ فقرة ٤٨١ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٦٣) . وقد قضت محكمة النقض بأن القول بانتفاء التواطؤ المبطل لتصرف المدين فى حق الدائن كلما كان التصرف صادرا الى دائن توفية لدينه غير صحيح على اطلاقه ، اذ هو ، ان صح فى حالة تعادل مبلغ الدين وقيمة المبيع ، لا يصح فى حالة تفاوتهما تفاوتا من شأنه أن يفيد أن التصرف لم يكن مجرد توفية دين فحسب (نقض مدنى ٩ يونيه سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٣٢ ص ٧٩٦ — قارن أول ابريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٤٢ ص ١٠٣) .

أما فى عهد التقنين المدنى الجديد فنرى أن الوفاء بمقابل يأخذ حكم الوفاء : فان كان الوفاء بمقابل قد حصل قبل حلول الأجل ، فانه يجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصية ، حتى لو كان المقابل يعادل مبلغ الدين ، وحتى لو لم يثبت الغش . وان كان الوفاء بمقابل قد حصل عند حلول الاجل ، فانه يجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصية اذا ثبت الغش ، حتى لو كان المقابل يعادل مبلغ الدين . والعبرة بوقت حصول الوفاء أو الوفاء بمقابل ، فان حصل قبل ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩ طبقت أحكام التقنين السابق ، والا طبقت أحكام التقنين الجديد .

ونلاحظ هنا أنه اذا جاز أن يقال أن تفضيل المدين لأحد دائنيه بترتيب رهن لمصلحته يتضمن معنى انقاص حقوق المدين ، فانه لا يمكن أن يقال أن الوفاء لأحد الدائنين قبل غيره فيه انقاص حقوق المدين أو زيادة فى التزاماته . ولكنه تصرف يضر على كل حال بالدائنين الآخرين ، اذ ينقص نسبة ما يأخذونه من مدينهم المعسر وفاء لحقوقهم ، مادام أحد الدائنين قد استوفى حقه كاملا . ومن ثم عنى التقنين الجديد أن يورد نصا خاصا فى هذه المسألة (١) .

٥٧٩ — امتناع المدين من زيادة حقوقه أو انقاص التزاماته :

أما اذا امتنع المدين من زيادة حقوقه أو من انقاص التزاماته ، كما اذا رفض هبة أو أقر بدين فى ذمته تقادم بسنة واحدة وفقا للمادة ٣٧٨ مدنى (٢) . فظاهر أن هذا العمل ، وان أضر بالدائن ، ليس بعمل مفقر ،

---

(١) انظر فى تفضيل دائن على آخر وفى الوفاء لاحد الدائنين المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣١ — ٦٣٢ .

(٢) وتقضى هذه المادة بأنه يجب على من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا ، فمضى السنة وحده لا يقضى الدين ، بل لابد فوق ذلك من يمين المدين . فاذا رفض المدين حلف اليمين وأقر بالدين ، لم يكن باقراره هذا قد زاد فى التزاماته ، بل يكون قد امتنع من انقاصها . ثم أن دائنيه ، خلافا لما تقضى به الفقرة الاولى من المادة ٣٨٧ مدنى ، لايجوز لهم باسمه أن يتمسكو بالتقادم ، ولا أن يحلفوا اليمين مكانه ، فان هذا أمر شخصى يتعلق بذمة المدين .

واذا أبرأ دائن ذمة المدين من الدين ، فرد المدين الابراء ، كان هذا الرد وفقا للتقنين المدنى الجديد تصرفا مفقرا يجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصية ، لأن الابراء فى هذا التقنين تصرف يتم بارادة الدائن وحده ، فبمجرد صدوره من الدائن يسقط الدين ، فاذا رد المدين الابراء عاد الدين ، فيكون المدين برد الابراء قد زاد فى التزاماته . أما الابراء فى التقنين المدنى السابق فكان لا يتم الا بايجاب من الدائن وقبول من المدين ، فرفض المدين للابراء كان عندئذ يعد امتناعا عن انقاص التزاماته ، فلم يكن يجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصية (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٤ ص ٧٩٤) .

والنزول عن الميراث يعتبر فى فرنسا امتناعا عن زيادة الحقوق ، وبذلك =

وليس للدائن أن يشكو منه ، فانه لم يجرد المدين من حق كان داخلا فى ضمان الدائن ولم يثقل كاهله بدين جديد يضعف من هذا الضمان (١) .

وكان مقتضى ماقدمناه أن المدين اذا امتنع عن التمسك بالتقادم لكسب حق أو اسقاط التزام ، فليس للدائن أن يطعن فى ذلك ، لأن المدين لايكسب الحق ولا يسقط الالتزام الا اذا تمسك بالتقادم ، فاذا رفض التمسك به فلا يكون قد أنقص حقوقه أو زاد فى التزاماته ، بل يكون قد امتنع عن زيادة حقوقه أو عن انقاص التزاماته . غير أن المادة ٣٨٨ فقرة ثانية من التقنين المدنى (٢) . قضت بأن النزول عن التقادم المسقط لا ينفذ فى حق الدائنين اذا صدر اضرارا بهم (٣) . وبهذا الحكم أيضا قضت المادة ٩٧٣ بالنسبة الى التقادم المكسب . وقد قدمنا أن للدائن ، فوق ذلك ، أن يتمسك بالتقادم ، مسقطا كان أو مكسبا ، بالنيابة عن مدينه ، مع أن التمسك بالتقادم يعد رخصة لا حقا (م ٣٨٧ و ٩٨٣

= قضت محكمة الاستئناف المختلطة بالنسبة الى الاجانب (أول ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٤٨) . أما فى الشريعة الاسلامية فنزول الوارث عن ميراثه يعتبر انقاصا لحقوقه .

(١) بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥٦ ص ٦٦٢ — هالتون ١ ص ٣٤١ — جنى هلتبس ١ فى الدعوى البوليصية فقرة ١٣ — والتون ٢ ص ١١٣ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٤ ص ٧٩٤ — هذا الى أنه لو فرض أن الدائن سمح له بالطعن فى عدم قبول المدين للهبة او فى اقراره بالدين بعد تقادمه بسنة واحدة ، فأن هذا الطعن لايعود بفائدة على الدائن ، لأنه بعد ذلك لايستطيع أن يقبل الهبة أو أن يتمسك بالتقادم بسنة واحدة ، اذ القبول والتمسك فى هاتين الحالتين مجرد رخصة لا يجوز استعمالها باسم المدين ، وهما على كل حال متصلتان بشخص المدين (بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥٦ ص ٦٦٣ — ٦٦٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣٩ — فقرة ٩٤٠ — بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٦٤٧) .

(٢) ويقابلها المادة ٢٢٢٥ من التقنين المدنى الفرنسى .

(٣) ولما كان النزول عن التقادم بعد تمامه يعتبر تبرعا ، فان المادة ٣٨٨ فقرة ٢ مدنى لم تشترط غش المدين ، لأن الغش لا يشترط فى التبرعات . اما فى التقنين المدنى السابق (م ٢٠٦/٢٧٠) فقد كان النص يشترط غش المدين (انظر فى تبرير ذلك نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٠ هامش رقم ٢ ، وانظر مع ذلك استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٠٨ حيث لا يشترط الحكم الغش للطعن فى النزول عن التقادم) .

مدنى) . ويخلص من ذلك انه بالرغم من أن التمسك بالتقادم رخصة لا حق ، الا أن الدائن يستطيع استثناء أن يستعمل هذه الرخصة نيابة عن مدينه بموجب النص الصريح ، وبالرغم من أن النزول عن التقادم ليس تصرفا مفقرا بل هو عمل يمتنع به المدين عن زيادة حقوقه أو انقاص التزاماته ، الا أن الدائن يستطيع استثناء أن يطعن فيه بالدعوى البوليصية بموجب النص الصريح (١) .

٥٨٠ — الحق الذى تصرف فيه المدين يجب أن يكون مفيدا للدائن :

وحتى يكون للدائن مصلحة فى الطعن فى تصرف المدين بالدعوى البوليصية ، يجب أن يكون الحق الذى تصرف فيه المدين يستطيع الدائن أن يستوفى منه حقه ، والا لم تكن له مصلحة فى الطعن (٢) . فاذا كان هذا الحق مثقلا بحقوق عينية للغير تستغرقه ولا تدع منه شيئا للدائن (٣) ، أو كان الحق لا يجوز الحجز عليه كالمرتبات والنفقة والملكية

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤١ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٧٤ — وتيان بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥٦ ص ٦٦٥ وفقرة ٦٩٤ وبوردى وتسييه فقرة ١١٦ — فقرة ١١٧ ، حيث يذهبون الى أن التقادم فى ذاته يكسب الحق او يسقط الالتزام ، وعلى ذلك تكون المادة ٢٢٢٥ من التقنين المدنى الفرنسى (وهى التى تقابل المادة ٣٨٨ من التقنين المدنى المصرى كما قدمنا) ليست استثناء لا من قواعد الدعوى غير المباشرة ولا من قواعد الدعوى البوليصية ، اذ المدين يكون قد كسب حقا يستعمله مدينه نيابة عنه ، وبالنزول عنه يكون قد انتقص من حقوقه أو زاد فى التزاماته فيجوز الطعن بالدعوى البوليصية ، وقد سبقت الاشارة الى أن من رأى هؤلاء الفقهاء أن التصرف الذى زيد به المدين من التزاماته يجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصية فى القانون الفرنسى . وانظر فى هذه المسألة فى التقنين المدنى السابق نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٤ ص ٧٩٤ هامش رقم ١ .

(٢) وتنتفى مصلحة الدائن فى التمسك بالدعوى البولصية اذا أودع المتصرف اليه — على سبيل المثال المشترى من المدين — ثمن المثل فى خزائن المحكمة ولو كان قد اشترى بأقل منه ، بل ولو كان قد تلقى الحق من المدين تبرعا . ففى هذه الأحوال جميعا ينتفى الضرر ولا تكون للدائن مصلحة فى الاستمرار فى الدعوى — الاستاذ اسماعيل غانم ، المرجع السابق فقرة ٧٥ .

(٣) استئناف مختلط ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢٨ .

الزراعية الصغيرة (١) ، فان الدائن لا تكون له مصلحة فى الطعن فى تصرف المدين ، ومن ثم لا يجوز له أن يرفع الدعوى البوليصية (٢) .

على أن هناك من الأموال مالا يجوز الحجز عليه ، ولكنه ينتج غلة يجوز الحجز عليها . فالمستحق فى وقف — عندما كان الوقف الأهلى جائزا — حقه فى الوقف غير قابل للتصرف فيه ولا للحجز عليه ، ولكن غلة هذا الوقف ، وهو نصيبه فى الاستحقاق ، قابل للحجز . كذلك الملكية الزراعية الصغيرة التى لا تزيد على خمسة الأفدنة لا يجوز الحجز عليها ، ولكنها تنتج ريعا يجوز للدائن أن ينفذ عليه بحقه . فاذا تصرف المستحق فى الوقف فى نصيبه فى الغلة اضرارا بدائنه جاز للدائن أن يطعن فى التصرف ، واذا باع المدين خمسة الأفدنة جاز أيضا للدائن الطعن فى هذا التصرف فلا يسرى عليه بقدر ما له فى ذلك من مصلحة أى بقدر غلة الأرض (٣) .

كذلك لا يجوز الطعن فى تصرف المدين اذا لم يؤد هذا الطعن الا الى ضرورة استعمال الدائن لحق متصل بشخص المدين ، وذلك كما اذا نزل الواهب عن حقه فى الرجوع فى الهبة ، فلا فائدة من الطعن فى هذا النزول ، اذ بفرض أن الدائن قد نجح فى طعنه وعاد للواهب حقه فى الرجوع فى الهبة ، فان الدائن لا يستطيع أن يستعمل هذا الحق باسم المدين لأنه متصل بشخصه (٤) .

---

(١) استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٤٧ — ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٥٢ — بنى سويف الكلية ٢٣ مايو سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ٣١ — بنى سويف الجزئية أول يوليه سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ رقم ٧٧ — شبين الكوم الجزئية ٢٦ اكتوبر سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ رقم ١٠٣ .

(٢) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٢ ص ٧٨٦ — ص ٧٨٧ .

(٣) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٢ ص ٧٨٦ هامش رقم ٢ . وانظر : بودرى وبارد ١ فقرة ٦٩٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٦ .

(٤) ديمولومب ٢٥ فقرة ١٦٩ — لوران ١٦ فقرة ٤٧٣ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٩٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٧ — على انه =

المطلب الثالث

تصرف تال فى الوجود لحق الدائن

٥٨١ — ارتباط هذا الشرط بشرط غش المدين : ويجب أخيرا أن يكون التصرف الصادر من المدين تاليا فى الوجود لحق الدائن الذى يطعن فى هذا التصرف (١) . وذلك لأن حق الدائن اذا لم يكن متقدما على التصرف المطعون فيه ، لم يكن للدائن وجه للتظلم ، اذ لم يوجد حقه الا بعد صدور التصرف من المدين وفى وقت لم يكن الحق الذى تصرف فيه المدين جزءا من ضمانه حتى يقال انه اعتمد على وجود هذا الحق . ولا يمكن أن نتصور وجود الغش فى جانب المدين ، وانه أراد بتصرفه الاضرار بدائن لم يكن موجودا وقت التصرف ، الا فى فرض واحد ، هو أن يكون المدين قد صدر منه التصرف متوقعا أنه سيصبح مدينا فى وقت قريب ، فقصد بتصرفه الاضرار بالدائن المستقبل ، وذلك كأن يبيع ، فى وقت يسعى فيه لعقد قرض ، عينا مملوكة له ، ثم يقترض بعد ذلك وقد اطمأن الى أن المقرض لا يستطيع التنفيذ على العين بعد أن باعها . فى مثل هذا الفرض يجوز للدائن — رغما من أن حقه تال لتصرف

= يجوز الطعن فى تصرف صادر من المدين حتى لو كان هذا التصرف يتضمن استعمالا لحق متصل بشخصه ، كما اذا اعترف ببنوة ولد ليس له حتى تجب عليه النفقة اضرارا بالدائن (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٣ ص ٧٩٢) .

(١) استئناف أهلى ٢ يوليه سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ ص ١٧ — استئناف مصر ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ٦ رقم ١٨٧ ص ٢٣٣ — ١٤ ابريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٤٣٥ ص ٨٦٤ — ١٩ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٤٧ ص ٢٦٧ — استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٤٦ — ٢٠ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٢ — ٢٣ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٠٦ — ٥ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١١٣ — ١١ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٤٥ — ٣ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٧١ — ٧ يونيه سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣١٨ — ٣ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٧٩ — ١٧ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٠٣ — ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٨ — ٢ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٢٩ ص ٢٩ — ١٠ يناير سنة ١٩١٨م ٣٠ ص ١٤١ — ٤ يونيه سنة ١٩١٨م =

المدين — أن يطعن فى هذا التصرف بالدعوى البوليصية ، لأن الغش فى جانب المدين قد توافر (١) .

ونرى من ذلك أن اشتراط تأخر تصرف المدين على حق الدائن فى الوجود ليس فى الواقع الا عنصرا من عناصر شرط الغش فى جانب المدين ، اذ لا يمكن توافر هذا الشرط عادة الا اذا كان تصرف المدين تاليا لحق الدائن ، فاذا أمكن توافر الغش دون هذا التأخر ، فالتأخر لا يشترط (٢) .

٥٨٢ — مقارنة بالدعوى غير المباشرة : وقد رأينا فى الدعوى غير المباشرة أن تاريخ وجود الحق الذى يستعمله الدائن لا أهمية له ، فقد

= ٣٠ ص ٤٥٩ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥١ — ديرانتون ٢٠ فقرة ٥٧٣ — توليبه ٦ فقرة ٣٥١ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٣٣٢ — لوران ١٦ فقرة ٤٦٠ — هيك ٧ فقرة ٢١٩ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ١٩٨ — ص ١٩٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٨٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٦ — والتون ٢ ص ١١٤ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٣ هامش رقم ١ .

(١) استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٧٠ — ٥ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٠٤ — ٢٥ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٣٥ — لوران ١٦ فقرة ٤٦٢ — هيك ٧ فقرة ٢١٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٨٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٦ — والتون ٢ ص ١١٤ — ص ١١٥ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٣ هامش رقم ٢ .

ومثل ذلك أيضا أن يقف المدين عقارا ثم يقترض (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٤ ص ٥١) .

ويرى الاستاذ اسماعيل غانم أرجاع شرط اسبقية حق الدائن الى شرط الضرر ، لا الى شرط الغش ، ذلك أن الغش ليس شرطا للطعن فى التبرعات فى القانون المصرى ، فى حين انه من المسلم انه يجب أن يكون حق الدائن سابقا على التبرع حتى يجوز له الطعن فيه اسماعيل غانم . المرجع السابق ص ١٨١ هامش (١) .

(٢) جروبييه ٢ فقرة ٤٤ وما بعدها — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٦ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٣ — ص ٧٨٤ — انظر أيضا المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٢ — أما فى التبرعات ، فى القانون المصرى ، حيث لايشترط الغش فاشتراط تأخر تصرف المدين على حق الدائن انما يكون عنصرا من عناصر الضرر .

يكون تاليا لحق الدائن وقد يكون سابقا عليه ، لأن الحق الذى يستعمله الدائن باسم المدين موجود فى أموال المدين حتى لو كان سابقا على حق الدائن ، فهو اذن جزء من ضمان الدائن . وهذا بخلاف الدعوى البوليصية لو كان المدين قد تصرف فى الحق قبل ثبوت حق الدائن ، فان حق المدين يكون قد خرج من ماله قبل أن تثبت للدائن صفته ، فهذا الحق لم يكن اذن جزءا من ضمان الدائن (١) .

٥٨٣ ــ العبرة بتاريخ وجود حق الدائن لا بتاريخ استحقاقه وبتاريخ صدور التصرف لا بتاريخ شهره : ولما كان الشرط هو أن يتأخر تصرف المدين عن حق الدائن فى الوجود ، فالعبرة فى المقارنة بين التاريخين بتاريخ حق الدائن فى الوجود لا فى الاستحقاق ، وبتاريخ صدور التصرف لا بتاريخ شهره .

العبرة بتاريخ حق الدائن فى الوجود لا فى الاستحقاق ، فلو كان الحق موجودا قبل صدور التصرف ، ولو كان غير مستحق الأداء أو كان غير خال من النزاع ، فللدائن رفع الدعوى البوليصية ولكن بعد أن يصبح الحق مستحق الأداء خاليا من النزاع . فيستطيع الدائن المعلق حقه على شرط واقف أو المقترن بأجل واقف ، عند تحقيق الشرط أو عند حلول الأجل ، أن يطعن بالدعوى البوليصية فى تصرف صدر من مدينه قبل تحقق الشرط أو قبل حلول الأجل ، أى فى وقت كان حقه فيه غير مستحق الأداء ، مادام هذا الحق أصبح مستحق الأداء وقت رفع الدعوى البوليصية . فالواجب هو أن يكون حق الدائن سابقا فى الوجود لا فى الاستحقاق على تصرف المدين ، ولا شك فى أن الحق المعلق على شرط أو المقترن بأجل يعتبر موجودا قبل تحقق الشرط أو قبل حلول

(١) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٩ .

الأجل ، فيكون سابقا فى الوجـود على تصرف المدين (١) . واذا تصرف المدين فى وقت كان الدائن قد رفع دعواه يطلب الحكم بحقه المتنـازع فيه ، وكان الدافع للمدين على التصرف توقعه صـدور الحـكم عليه فى دعوى الدائن ، فللدائن ، بعد أن يصدر على حكم لمصلحته فيصبح حقه خاليا من النزاع ، أن يطعن فى تصرف المدين ، لأنه اذا كان هذا التصرف قد سبق الحكم ، فان الحكم ليس منشئا لحق الدائن بل هو مقرر له ، فالحق موجود قبل صدور التصرف من المدين (٢) .

والعبرة فى التصرف الصادر من المدين بتاريخ صدوره ، لا بتاريخ شهره ان كان من التصرفات التى تستوجب الشهر ، فاذا كان التصرف الصادر من المدين بيعا مثلا ، وجب أن يكون صدور البيع تاليـا لثبوت حق الدائن ، أما اذا كان سـابقا ، فليس للدائن أن يطعن فى البيع حتى لو لم يسجل الا بعد ثبوت حقه (٣) .

---

(١) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٢ هامش رقم ٣ .

(٢) استئناف مصر ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٢٢٠ ص ٤٤٢ — استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ١٠١ — ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٨ — ١٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٤١ — لوران ١٦ فقرة ٤٦١ — هيك ٧ فقرة ٢١٧ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٨٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٧ — دى هلتس ١ فى الدعوى البوليصية فقرة ٥٣ — والتون ٢ ص ١١٤ — ص ١١٥ — نظرية العقد للمؤلف فقـرة ٧٣١ ص ٧٨٤ هامش رقم ٢ .
ويلاحظ أن الحق الناتج من الحساب الجارى لايعتبر وجوده من وقت افتتاح الحساب ، بل من وقت وجود الرصيد (استئناف مختلط ٤ يونيـــه سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٥٩) .

(٣) استئناف مصر ١٣ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ ص ٨٩١ رقـم ٥٣٦ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٩٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٧ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٤ هامش رقم ٢ — راجع أيضـا الاستاذ اسماعيل غانم فقرة ٧٦ — قارن الاسـتاذ عبد السـلام ذهني فى الالتزامات ص ٣٤٩ .

٥٨٤ — كيفية اثبات أن تصرف المدين تال فى التاريخ لحق الدائن:
بقى أن نعرف كيف يمكن اثبات أن تصرف المدين تال فى التاريخ لحق الدائن •

تقضى القواعد العامة بأن الدائن ، وهو الذى يطعن فى تصرف المدين ، يحمل عبء اثبات أن حقه سابق فى الوجود على صدور التصرف المطعون فيه ، لأن هذا شرط من شروط الدعوى البوليصية ، والدائن الذى يستعمل الدعوى هو المكلف باثبات توافر جميع شروطها •

فان كان مصدر حق الدائن عملا ماديا ، فمن السهل اثبات تاريخ وجود هذا الحق بالرجوع الى الوقت الذى تم فيه العمل المادى المنشىء للحق • ويكون تاريخ تصرف المدين ، ولو كان تاريخا عرفيا غير ثابت ، حجة على الدائن الى أن يثبت العكس ، لأن الدائن لا يعتبر من الغير بالنسبة الى هذا التاريخ قبل أن يثبت أن شروط الدعوى البوليصية قد توافرت • فاذا كان تاريخ التصرف متأخرا على تاريخ العمل المادى ، فقد ثبت بذلك أن حق الدائن سابق فى الوجود على تصرف المدين • أما اذا كان تاريخ التصرف متقدما على تاريخ العمل المادى ، ولم يكن تاريخا ثابتا ، فللدائن أن يثبت بجميع الطرق أن هذا التاريخ قد قدم عمدا ليكون سابقا على حقه بقصد حرمانه من الدعوى البوليصية (١) •

وان كان مصدر حق الدائن عقدا ، وكان له تاريخ ثابت ، فهذا التاريخ الثابت يكون حجة على من حصل له التصرف • ولكن تاريخ التصرف ، ولو كان تاريخا غير ثابت ، يكون أيضا حجة على الدائن الى أن يثبت العكس لأنه ليس من الغير قبل أن يثبت توافر شروط الدعوى البولصية كما قدمنا • ومن ثم اذا كان التاريخ غير الثابت للتصرف متقدما على التاريخ الثابت لحق الدائن ، كان للدائن أن يثبت بجميع

---

(١) قارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٤ هامش رقم ٢ •

الطرق أن التاريخ قدم عمدا بقصد حرمانه من الدعوى البوليصية (١) .
وغني عن البيان أن التصرف اذا كان له تاريخ ثابت ، فان مقارنة هـذا التاريخ بالتاريخ الثابت لحق الدائن تمكن من معـرفة أى التـاريخين هو الأسبق .

أما اذا كان العقد الذى أنشأ حق الدائن غير ثابت التاريخ ، فقـد كان ينبغى ألا يكون هذا التاريخ حجة على من حصل له التصرف ، لأنه من الغير وقد قدمنا أن الغير لا يحتج عليه الا بالتاريخ الثابت . ولـكن لأسباب عملية أغفل التقنين المصرى الجديد أن يشترط ثبوت تاريخ حق الدائن ، اقتداء بالمشروع الفرنسى الايطالى ، لأن الدائن — كما تقول المذكرة الايضاحية (٢) — « يفاجأ فى أغلب الأحيان بالتصرف الضار دون

(١) قارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٤ هامش رقم ٢ .

(٢) وهـذا ما تقوله المذكرة الايضاحية : « وقد كان فى الوسـع أن يشترط ثبوت تاريخ الدين لاقامة الدليل على تقدمه على التصرف ، بيد أن المشروع آثر اغفال اشتراط ثبوت التاريخ اقتداء بالمشروع الفرنسى الايطالى لا سيما أن القضاء المصرى قد جرى على ذلك . . . والواقع أن الـدائن يفاجأ فى أغلب الاحيان بالتصرف الضار دون أن يكون قد احتاط من قبـل لاثبات تاريخ سند الدين . ولكن من المسلم أن عبء اقامة الدليل عـلى تقدم الدين ، بطرق الاثبات كافة ، يقع على عاتق الدائن » (مجمـوعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٢) .

ويلاحظ انه كان لايكفى اغفال اشتراط ثبوت التاريخ ، بل كان يجب أن ينص المشرع صراحة على أن ثبوت التاريخ لا يشترط ليكون التاريـخ حجة على المتصرف اليه ، كما فعل المشروع الفرنسى الايطالى (م ١٠٧ فقرة أولى) . فان لم يوجد نص صريح فى هذا المعنى وجب تطبيق القواعد العامة وهذه تقضى بأن المتصرف اليه من الغير فلا يحتج عليه الا بالتاريخ الثابت . على أنه يمكن القول ان المتصرف اليه يكون عادة سيء النية فى الدعـوى البوليصية ، ومتى اثبت الدائن سوء نيته جاز له أن يحتج عليه بالتاريخ غير الثابت ، لأن المتصرف اليه لا يستطيع أن يتمسك بوجوب أن يكون التاريخ ثابتا الا اذا كان حسن النية ، وقد تقدمت الاشارة الى ذلك (انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ١ فقرة ٦٩١ ص ٧١٤ ، وقارب أوبرى ورو ٤ فقـرة ٣١٣ ص ١٩٩ وهامش رقم ١٥ — وانظر عكس ذلك : لوران ١٦ فقـرة ٤٦١ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٤٠) .

أن يكون قد احتاط من قبل لاثبات تاريخ سـند الدين » • ومن ثم يكون التاريخ غير الثابت لحق الدائن حجة على من حصل له التصرف ، الى أن يثبت هذا أن التاريخ قدم عمدا بالتواطؤ بين الـدائن والمـدين حتى يستطيع الدائن الطعن فى التصرف بالدعوى البوليصية (١) • ويكون تاريخ التصرف حجة على الدائن كما قدمنا ، فان كان تاريخا ثابتا كانت حجيته مطلقة (٢) ، وان كان تاريخا غير ثابت كان حجة على الدائن الى أن يثبت العكس • ومن ثم اذا كان تاريخ التصرف غير ثابت ، وكان متقـدما على على التاريخ غير الثابت لحق الدائن ، جاز للدائن أن يثبت بجميع الطرق أن تاريخ التصرف قـد قـدم عمـدا بقصـد حرمانه من الدعـوى البوليصـية (٣) •

---

(١) والراجح فى الفقه الفرنسى ان المتصرف له ، وهو معتبر من الغير لايحتج عليه الا بالتاريخ الثابت : بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٧ ص ٢٨٨ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٤٠ — كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ٤٤٨ — جوسران ٢ فقرة ٦٩٦ — داللوز انسيكلو بيدي (action paulienne) فقرة ٣٨ — فقرة ٣٩ — قارن أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ١٩٩ وهامش رقم ١٥ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٩١ ص ٧١٤ — ديموج ٧ فقرة ١٠٥٧ •

وقد سار القضاء اللبنانى على عدم ضرورة التاريخ الثابت لحق الدائن (قرار محكمة الاستئناف الغرفة الاولى ٢٠ كانون الاول سنة ١٩٤٨ رقـم ٥٠٠ ، النشرة القضائية ١٩٤٩ ص ٤٦٣ — الدكتور صبحى المحمصانى فى آثار الالتزام فى القانون اللبنانى ص ٦٣) • وفى القانون العـراقى يرى الدكتور حسن الذنون وجوب ثبوت التاريخ لحق الدائن (أحكام الالتزام فى القانون العراقى ص ٨٨ — ص ٨٩) •

انظر فى هذه المسألة فى التقنين المدنى المصرى السابق : نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٤ — الأستاذ احمد حشمت أبو ستيت فى نظـرية الالتزام فقرة ٦٤٣ ص ٤٨٢ — الاستاذ محمد صادق فهمى فقرة ٤٨٠ ، وفى التقنين المدنى الجديد الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ١٥٢ — ص ١٥٣ •

(٢) الى حد الطعن بالتزوير بداهة •

(٣) أنظر فى هذه المسألة آنفا فقرة ١١٩ ص ٢١٥ — ص ٢١٧ •

المبحث الثـالث

الشروط التى ترجع الى المدين

٥٨٥ ــ شرطان رئيسيان : أما الشروط التى ترجع الى المدين فترد الى شرطين رئيسيين : (أولا) الاعسار (ثانيا) الغش والتواطؤ (١) ·

المطلب الأول

الاعســـــار

٥٨٦ ــ تصرف المدين يسبب اعساره أو يزيد فى اعساره : يشترط فى الدعوى البوليصية أن يكون المدين معسرا ليست عنـده أموال تكفى لوفاء حق الدائن ·

والمدين اما أن يكون غير معسر قبل صدور التصرف المطعـون فيه فيجب أن يكون هذا التصرف هو السبب فى اعساره ، واما أن يكـون معسرا قبل صدور التصرف فيجب ان يزيد التصرف فى اعســـاره (٢) ·

---

(١) اما وارث المدين فلا يشترط فيه شيء من ذلك ؛ وهو لايستطيع بيع عين من أعيان التركة الا بعد سداد الديون ، ولايجوز للمشـــترى من الوارث ، ولو سجل البيع ، أن يتطلب من دائن التركة توافر شروط الدعوى البوليصية (استئناف مصر ٦ ابريل سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٤٦ ص ٩٤)·

(٢) استئناف اهلى ٦ نوفمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٩ ص ٣٥ ــ استئناف مصر ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١٨٧ ص ٢٣٣ ــ ١٣ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٣٦ ص ٨٩١ ــ ١٤ ابرايل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٤٣٥ ص ٨٦٤ ــ ١٩ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٤٧ ص ٢٦٧ ــ ١٧ مايو سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم ٦ ص ١٤١ ــ استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٢ ــ ٢ ابريل سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٢٧ ــ ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ١٠١ ــ ١٤ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٩٧ ــ ١٤ مارس ســنة ١٩٠٧ م ٢٩ ص ١٧٨ ــ ١٧ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٠٣ ــ ١٠ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٧ ــ ٤ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٧٩ =

وهذا ما تقضى به المادة ٢٣٧ من التقنين المدنى ، وقد تقدم ذكرها .

فلو أن التصرف المطعون فيه لم يكن هو السبب فى الاعسار ، بل بقى المدين موسرا بعد هذا التصرف (١) ، ولكن طرأ بعد ذلك ما جعله معسرا ، فلا يجوز للدائن أن يطعن فى التصرف . على أنه قد يتفق أن تصرف المدين لا يجعله معسرا ، ولكن يكون هذا التصرف حلقة فى سلسلة متصلة من التصرفات مجموعها يؤدى الى اعساره ، وقد قصد بذلك الاضرار بالدائن ، ففى هذه الحالة يجوز للدائن أن يطعن فى هذه التصرفات كلها ولا يجتزىء بالتصرف الأخير الذى سبب مباشرة اعسار المدين (٢) .

واذا كان المدين معسرا من بادىء الأمر ، ثم تصرف تصرفا بعوض كافئ بحيث لم يكن هذا التصرف سببا فى زيادة اعساره ، فان التصرف لا يكون قابلا للطعن فيه بالدعوى البوليصية (٣) .

= ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٨ — ١٥ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣ — ١٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٤١ — ١٧ يونية سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٦١ — ٣ يونيه سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٥٧ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٩٦ — ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٨ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥١ — ٩ ابريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٥ .
ديرانتون ١٠ فقرة ٥٧٠ — ديمولومب ٢٥ فقرة ١٧٦ — لوران ١٦ فقرة ٤٣٤ — ماركاديه ٤ فقرة ٤٩٧ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ١٩٧ — ص ١٩٨ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢٨ — والتون ٢ ص ١٠٩ — مازو وروسمان فى القانون المدنى ، المراجع السابق فقرة ٩٨٩ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٢ ص ٧٨٧ هامش رقم ٢ .

(١) انظر : نقض مدنى ٢٦ مايو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٥ ص ٣٨٣ .
(٢) استئناف مختلط ٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٤ — ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ جازيت ١٩ رقم ٢٦٣ ص ٢٦٥ — ديمولومب ٢٥ فقرة ١٧٨ — لوران ١٦ فقرة ٤٣٥ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥٠ — والتون ٢ ص ١٠٩ — ص ١١٠ .
(٣) قارب نقض مدنى ١٣ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٦٧ ص ٦٦٩ .

٥٨٧ — اثبات الاعسار : وقد وضع التقنين المدنى الجديد قرينة قانونية تيسر على الدائن اثبات اعسار المدين • فاذا ادعى الدائن اعسار المدين ، فليس عليه ، كما تقول المادة ٢٣٩ وقد تقدم ذكرها ، الا أن يثبت ما فى ذمته من ديون • وعند ذلك تقوم قرينة قانونية قابلة لاثبات العكس على أن المدين معسر ، وينتقل عبء الاثبات بفضل هذه القرينة الى المدين ، وعليه هو أن يثبت أنه غير معسر ، ويكون ذلك باثبات أن له مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها ، فان لم يستطع اثبات ذلك اعتبر معسرا •

٥٨٨ — الاعسار فى الدعوى البوليصية وما ينطوى عليه من مرونة : والاعسار فى الدعوى البوليصية ، كالاعسار فى الدعوى غير المباشرة ، المقصود به هو الاعسار الفعلى بأن تزيد ديون المدين على حقوقه (١) ، لا الاعسار القانونى الذى يستلزم حكما بشهره بشروط واجراءات معينة •

وللاعسار فى الدعوى البوليصية ، فوق ذلك ، معنى عملى ينطوى على كثير من المرونة •

فاذا طولب المدين باثبات أن له مالا يساوى قيمة ديونه ، وجب عليه أن يدل على أموال ظاهرة لا يتعذر التنفيذ عليها ، والا اعتبر معسرا (٢) ،

---

(١) قارن الاستاذ اسماعيل غانم فقرة ١١١ ، ويذهب الى ان العبرة بالديون المستحقة الاداء كما فى حالة شهر الاعسار • ولقد عدل الاستاذ الدكتور اسماعيل غانم عن هذا الراى خاصة وان نص المادة ٢٣٩ مدنى قد جاء مطلقا بغير تفرقة بين الديون المستحقة الاداء والغير مستحقة ، وتبعا لذلك فان المشرع يجيز للدائن ان يطعن فى تصرفات المدين بالدعوى البوليصية مادامت أمواله لاتكفى للوفاء بديونه جميعا ولو كانت كافية للوفاء بديونه المستحقة : اسماعيل غانم فى النظرية العامة للالتزام ، الجزء الثانى طبعة سنة ١٩٦٧ ص ١٧٤ هامش (١) •

(٢) استئناف مختلط ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٦ ص ٣٢٨ — ديمولومب ٢٥ فقرة ١٨٤ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢٨ •

ومن هذا يتبين كيف أن التصرف الصادر من المدين قد يكون معاوضة ، ومع ذلك يسبب اعساره . ويكفى لتحقق ذلك أن يكون المدين قد باع عينا مملوكة له بثمن بخس ، أو باعها بثمن معادل لقيمتها ولكنه أخفى النقود أو بددها بحيث يتعذر على الدائن التنفيذ عليه بحقه (١) .

واذا فرض أن حق الدائن يتركز فى عين مملوكة للمدين ، كما اذا كان موعودا ببيع عين أو كان دائنا فى وعد برهن أو كان دائنا مرتهنا ، ثم باع المدين العين الموعود ببيعها أو الموعود برهنها الى شخص آخر اضرارا بحق الدائن (٢) ، أو باع العين المرهونة قبل أن يشهر الدائن الرهن بحيث لا يتمكن من تتبع العين أو بعد شهر الرهن ولكن الدائن لا يريد تتبع العين حتى لا يضطر الى تحمل اجراءات التطهير ، ففى مثل هذه الاحوال يعتبر المدين فى حالة اعسار بالمعنى المقصود فى الدعوى البوليصية مادام الدائن لا يستطيع أن يصل الى العين ذاتها الذى تركز فيها حقه ، حتى لو كان عند المدين أموال كافية تفى بتعويض الدائن بعد فوات العين . ومن ثم يجوز للدائن الطعن بالدعوى البوليصية فى تصرف المدين فى العين الموعود ببيعها أو برهنها أو تصرفه فى العين المرهونة ، فيتمكن بذلك من رد العين الى ملك المدين بالنسبة الى حقه وينفذ بهذا الحق عليها (٣) .

---

(١) استئناف مختلط ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٠٤ .

(٢) ديموج ٧ فقرة ١١٢٦ .

(٣) لوران ٢٤ فقرة ١٦ — جروبييه فقرة ٢٦٣ وما بعدها — ريبير فى القاعدة الخلقية فى الالتزامات فقرة ١٧٠ — فقرة ١٧١ — ديموج ٧ فقرة ١٠٨٠ وما بعدها — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣٧ — فقرة ٩٣٨ — دالوز انسكلوبيدى ١ لفظ (action paulienne) فقرة ١٥ — فقرة ١٧ — دى هلتس ١ فى الدعوى البوليصية فقرة ٤٨ . ويترتب على ما تقدم انه اذا باع شخص عقارا ولم يسجل المشترى ، ثم باعه ثانية من مشتر آخر ، وبادر المشترى الثانى الى التسجيل متواطئا مع البائع على الاضرار بالمشترى الاول ، أمكن لهذا الاخير أن يطعن فى البيع الثانى بالدعوى البوليصية ، اذ ان حقه قد تركز فى العقار المبيع . وقد قضت محكمة استئناف مصر فى هذا المعنى بأنه اذا تبين أن البائع باع الصفقة مرة ثانية بطريق التدليس ، وكان المشترى الثانى على علم بذلك واشترط فى التدليس ، بطل البيع الثانى ، وغير معقول القول =

٥٨٩ — وجوب بقاء الاعسار الى وقت رفــع الدعــوى — تجريد المدين : ويجب أن يبقى المدين معسرا الى وقت رفع الدعوى البوليصية ،

= بأن قانون التسجيل ابطل مفعول المادة ٢٧٠ مدنى (قديم) ، اذ القول بذلك معناه أن قانون التسجيل اراد بنصوصه أن يهدم مبدأ أساسيا فى التشريع وهو أن الحقوق يجب أن يكون مبناها حسن النية ، وهذا ما لا يمكن التســليم به (١٧ يونيه سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢٧١/٢ ص ٥٦٩ . وانظـــر أيضا : استئناف أهلى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٢/٩٩ — استئناف مصر ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٥٠ ص ٧٥ — ٢٧ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٩٩ ص ٦٣٤ — ٢٨ مايو ســنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٩٥ ص ١٠٩٢ — ٢٥ ابريل سنة ١٩٣٢ المحــاماة ١٣ رقم ١٣٠ ص ٢٨٩ — ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١٣٢ ص ٢٩٢ — ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١٣٤ ص ٣٠٢ — استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٠٩ — ١٢ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١١٠) . ولكن محكمة النقض ذهبت الى العكس من ذلك ، وقضت بأن التواطؤ لا يفيد التسجيل ، وبأنه ما لم يحصل التسجيل فأن الملكية تبقى على ذمة المتصرف حتى ينقلها التسجيل ذاته الى المتصرف اليه ، ولايكون للمتصرف اليه فى الفترة التى تمضى من تاريخ التعاقد الى وقت التسجيل سوى مجرد أمل فى الملكية دون أى حق فيها ، وفى تلك الفترة اذا تصرف المتصرف لشخص آخر ، فأنه يتصرف فيما يملكه ملكا تاما ، فاذا بادر هذا الشخص الاخر الى تسجيل عقده قبل تسجيل عقد المتصرف اليه الاول ، فقد خلصت له — بمجرد تسجيله — تلك الملكية العينية التى لم يتعلق بهـــا حق ما للاول ، حتى ولو كان المتصرف والمتصرف اليه الثانى سيىء النيـــة متواطئين كل التواطؤ على حرمان المتصرف اليه من الصفقة . واذن فـــلا يقبل من اى انسان لم يكن عقده مسجلا ناقلا للملك فعلا اليه أن ينازع من آل اليه نفس العقار وسجل عقده من قبله ، مدعيا أن له حقا عينيا على العقار يحتج به عليه ، كما انه لايقبل مطلقا الاحتجاج على صاحب العقد المســجل الذى انتقلت اليه الملكية فعلا بتسجيله لا بسوء نية المتصرف ولا بالتواطؤ (نقض مدنى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٨ ص ٩٧٥ . وانظر ايضا فى هذا المعنى : نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٤٦ مجمــوعة عمر ٥ رقم ٤٣ ص ١١٣ — ٢٧ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٦ ص ٧٠٧ — ٢٩ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧٦ ص ١١٣٨ — ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢٨ ص ١٧٦ — ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩١ ص ٥٧٢ — استئناف مصر ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٥٣ ص ٣٠٥ — ١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٤١ ص ٢٥٤ — ٢ ابريل ســنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٥٤ ص ٧١٣ — استئناف اســيوط ٤ ينــاير سنة ١٩٤٩ المحاماة ٢٨ رقم ٤٢٩ ص ١٠٤٨ — وقارن نقض مدنى ٧ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٨ ص ١١٠٣) .

فلو أن تصرفه سبب اعساره أو زاد فى اعساره ، ثم انقلب بعـد ذلك

= وقد قضت محكمة النقض بانه لما كان الحكم المطعون فيه قد اثبت أن الطاعن كان يستهدف بطعنه بعدم نفاذ التصرف الصادر الى المطعون ضده الثانى الى اجراء المفاضلة بين عقده غير المسجل وعقد المطعون ضـــده المذكور المسجل فان ذلك الطعن — وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة — يكون غير منتج فى التخلص من آثار هذا العقد المسجل والمطعـــون فيه بالدعوى البوليصية حتى ولوكان المطعون ضده الثانى بوصفه متصرفا لــه والمتصرف سيىء النية متواطئين كل التواطؤ على حرمان الطاعن من الصفقة، ومن ثم يكون مايعيبه الطاعن على الحكم من اغفال تحقيق طعنه على عقد المطعون ضده الثانى بالدعوى البوليصية لا جدوى منه فى خصوص هــــذه الدعوى (نقض مدنى فى ٢٦ من يونيه سنة ١٩٦٩ مجمـــوعة احـــكام النقض السنة ٢٠ رقم ١٦٧ ص ١٠٨٤) .

على انه يلاحظ ، لو فرضنا جدلا أنه لايمكن تخريج مثل هذه الاحوال على حكم الدعوى البوليصية ، امكان الوصول الى نفس النتيجة العمليـــة بتطبيق قاعدة أعم هى القاعدة التى تقضى بأن الغش يفســـد العقـــود (fraus omnia corrumpit) وما الدعوى البوليصية ذاتها الا تطبيق لهـــذه القاعدة العامة (ديموج ٧ فقرة ١١٢٧ — قارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣٨) .

وقد قضت محكمة استئناف اسيوط بامكان الطعن فى العقد المســجل بالدعوى البوليصية ، ولكن ليصل المشترى الاول الى استرداد الثمن الذى دفعه والحصول على التعويضات التى يستحقها دون أن يسترد العقـــار ذاته ليسجل عليه حقه . فقررت هذه المحكمة أنه يجوز للمتصرف اليه الاول بعقد غير مسجل ان يرفع دعوى أبطال العقد الثانى المسجل ، اذا توافرت شرائط دعوى ابطال التصرفات ، على اعتبار انه دائن عادى من حقه أن يبطل التصرف المفقر لمدينه ليستطيع استرداد الثمن الذى دفعه والحصول على التعويضات التى يستحقها ، على انه يلاحظ أن الغرض من هذه الدعوى لايمكن أن يكون بطلان التصرف الثانى ليحل محله التصرف الاول غير المسجل، فان الدعوى اذا كانت تهدف الى هذا الغرض تعتبر تحايلا على مخالفـــة قانون التسجيل ، فضلا عن أن الدعوى البوليصية فى الواقع لاتهـــدف الى بطلان التصرف ، وانما تهدف الى الحد من سريانه فى حق الدائن الـــذى يتضرر من أثر التصرف فى مال مدينه ، فاذا وجد فى هذا المال ما يفى بدينه زالت الحكمة فيها وأصبحت غير مقبولة ، وهى ليست خاصة بدائن واحد بل يستطيع جميع الدائنين العاديين أن يشتركوا فيها وأن يتقاسموا المـــال الذى يرجع الى مدينهم (٣ يونيه سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٢ ص ٤٧) .

ومهما يكن من امر ، فانه اذا طعن المشترى الاول الذى لم يسجل عقده فى العقد المسجل للمشترى الثانى بالصورية — لا بالدعوى البوليصـــية =

موسرا لزيادة طرأت فى ماله ، كما اذا كان قد تلقى ميراثا أو وصية أو عقد صفقة رابحة ، فلا يجوز للدائن أن يطعن فى تصرف المدين اذا لم تعد له مصلحة فى ذلك (١) .

والدعوى البوليصية دعوى تكميلية (subsidiaire) لا تعطى للدائن الا بعد أن يجرد أموال المدين ، أى الا بعد أن يثبت أن ليس للمدين مال ظاهر يمكن التنفيذ عليه غير الحق الذى تصرف فيه . ويجوز لمن تصرف له المدين أن يدفع بالتجريد (٢) . ولكن التجريد هنا غير التجريد فى الكفالة . ففى الكفالة اذا لم يطلب الكفيل التجريد فى أول الدعوى سقط حقه ، واذا طلبه فعليه أن يدل الدائن على مال للمدين يستطيع الرجوع عليه فيه وأن يقدم المصروفات اللازمة لهذا الرجوع أما فى الدعوى

= مقتضى ذلك يتقدم المشترى الاول وهو لم يسجل عقده على المشترى الثانى الذى سجل عقده (نقض مدنى ٦ يونيه سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩١ ص ١٨٨ . وانظر أيضا : نقض مدنى ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٥ ص ٤٠٥ — ٣ يونيه سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٧ ص ١٨٣ مع تعليق الاستاذ محمد حامد فهمى فى ص ١٩٤ — ص ١٩٥ — ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٠ ص ٢٢٠ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٨ ص ٢٣٤ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٩ ص ١٣٣ — استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٣/١٢٦) . وقد قضت محكمة النقض أخيرا بانه لاتنتقل الملكية من البائع الى المشترى الا بتسجيل عقد شرائه ، ولا يحول دون نقل الملكية — على ما جرى به قضاء هذه المحكمة — أن يكون المشترى عالما بان البائع له أو مورثه سبق أن تصرف فى المبيع ذاته لمشتر آخر لم يسجل عقده ، ما لم يثبت أن عقد المشترى الثانى المسجل هو عقد صورى ، ولا ينتج فى اثبات هذه الصورية مجرد علم هذا المشترى وقت شرائه بالتصرف السابق غير المسجل الوارد على ذات المبيع (نقض مدنى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٤ ص ٣٥٢ — ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٨ ص ٨٥٦) .

(١) ديمولومب ٢٥ فقرة ١٧٧ — لارومبيير ٢ م ١١٦٧ فقرة ١٨ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥١ .

(٢) استئناف مختلط ٦ ابريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٣١ — بنى سويف ٢٩ سبتمبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٨٥ ص ١٤٠ .

البوليصية فيجوز لمن تلقى الحق عن المدين أن يطلب تجريد المدين فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولا يطلب منه أن يدل الدائن على مال المدين (١) ، ولا أن يقدم له مصروفات التجريد ، بل على الدائن أن يثبت اعسار المدين على الوجه الذى قدمناه (٢) ومن ثم فالمدين هو الذى يدل على مال عنده يكفى لوفاء ديونه كما سبق القول ٠

وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما اذا كان تصرف المدين هو الذى سبب اعساره أو زاد فى هذا الاعسار ، وما اذا كان الإعسار باقيا الى وقت رفع الدعوى ٠ ولا رقابة لمحكمة النقض فى ذلك ، وانما تكون لها الرقابة للتحقيق من أن هذين الأمرين قد تثبتت منهما محكمة الموضوع كشرط فى الدعوى البوليصية ، والدائن هو المكلف باثبات كل من الأمرين (٣) ٠

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصا ، هو المادة ٣٢٠ من هذا المشروع ، يقضى بسقوط حق الدائن فى الدعوى البوليصية اذا أصبحت اموال المدين كافية للوفاء بما عليه أو اثبت من تصرف له المدين ان المدين عنده مال يكفى لهذا الوفاء . ومقتضى هذا النص ان من تصرف له المدين يطلب منه أن يدل الدائن على مال للمدين يفى بحقه . ولكن هذا النص قد حذف فى لجنة المراجعة ، إكتفاء بتطبيق القواعد العامة ، كما سنرى . ومقتضى تطبيق القواعد العامة أن الدائن هو المكلف باثبات اعسار المدين فعليه هو ان يثبت على الوجه الذى بيناه ان المدين ليس عنده مال يفى بحقه ولايكلف من تصرف له المدين ان يدل على مال للمدين يفى بحق الدائن .

(٢) بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥٤ .

(٣) بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥١ ص ٦٦٠ وفقرة ٦٥٥ مكررة — مازو دروس فى القانون المدنى المرجع السابق فقرة ٩٩٤ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٢ ص ٧٩٠ هامش رقم ١ — هذا وقد قضت محكمة النقض بأن التقرير بأن التصرف المطعون فيه يترتب عليه ضرر بالدائن او لا يترتب هو تقرير موضوعى . واذن فمتى كان الحكم المطعون فيه ، اذ قضى بعدم نفاذ التصرف موضوع الدعوى فى حق المطعون عليهم الثلاثة الاولين ، اقام قضاءه على أن لهم فضلا عن الدين المتخذة اجراءات التنفيذ بسببه دينا آخر مستحق الأداء وصدر به حكم ابتدائى مشمول بالنفاذ المؤقت ، وأن القدر الذى بقى للمدين بعد تصرفه للطاعنات لايكفى لوفاء جميع ديونه ، اذ قرر الحكم ذلك واستخلص منه اعسار المدين ، فقد استند الى أسباب مسوغة لقضائه ولم يخطىء فى تطبيق القانون ، مادام قد تبين للمحكمة أن الدين الذى ادخلته فى تقديرها لاعسار المدين هو دين جدى مستحق الأداء (نقض مدنى ١٤ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة احكام النقض ٣ رقم ٨٤ ص ٤٩٦) .

المطلب الثانى

الغش والتواطؤ

(concilium fraudis)

٥٩٠ — **الغش بوجه عام** : غش المدين هو أهم الشروط فى الدعوى البوليصية ، بل هو العمود الفقرى لهذه الدعوى التى تقوم على محاربة الغش . ويمكن تجميع شروط الدعوى البوليصية كلها فى شرط الغش . فان الغش لا يتوافر فى جانب المدين الا اذا تصرف تصرفا مفقرا يؤدى الى اعساره للاضرار بدائن حقه ثابت قبل هذا التصرف . فلا يكفى اذن أن يكون التصرف المطعون فيه قد تسبب فى اعسار المدين أو زاد فى اعساره على النحو المتقدم ، بل يجب أيضا أن يكون هذا التصرف قد صدر من المدين غشا (١) . وشرط الغش هذا هو الذى يدخل العنصر النفسى فى الدعوى البوليصية ، لأن الباعث هنا له الأثر الأكبر فى نفاذ التصرف فى حق الدائن أو عدم نفاذه .

والغش فى الدعوى البوليصية (fraude) غير التدليس (dol) الذى عرفناه عيبا فى الرضاء . فالتدليس يدخله فى الغالب طرق احتيالية ويراد به خديعة أحد المتعاقدين ، ولذلك يكون العقد قابلا للابطال لمصلحة المتعاقد المخدوع . أما الغش فى الدعوى البوليصية فلا تصحبه طرق احتيالية ، ولا تراد به خديعة أحد المتعاقدين ، بل كثيرا ما يحدث أن يتواطأ المتعاقدان على الغش ، ولذلك يبقى العقد صحيحا فيما بينهما ، وانما يراد بالغش الاضرار بحقوق الدائن ، ولذلك يكون اثره عدم نفاذ

---

(١) استئناف مصر ١٤ ابريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٤٣٥ ص ٨٦٤ — استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٢ — ١٧ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٠٣ — ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٨ — ١٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٤١ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥١ .

العقد فى حق الدائنين . والعبرة فى الغش أن يكون موجودا وقت صدور التصرف المطعون فيه (١) .

على أن الغش فى الدعوى البوليصية والتدليس كعيب فى الرضاء انما هما تطبيقان للنظرية العامة فى الغش . والغش فى العقد بنوع خاص ينطوى على صور مختلفة . فيقصد به تارة الاضرار بأحد المتعاقدين ، وهذا هو التدليس كما قدمنا . ويقصد به طورا الاضرار بالغير ، فيحتفظ باسم الغش . والغير أما أن يكون دائنا لأحد المتعاقدين ، كما فى الدعوى البوليصية ودعوى الصورية . واما أن يكون غير دائن يريد المتعاقدين الحاق الضرر به بمحاولتهما التملص من واجب عليهما نحوه ، كعقد بيع يذكر فيه ثمن أكثر من الحقيقة لمنع الشفيع من الأخذ بالشفعة ، أو أقل من الحقيقة للانتقاص من الرسوم المستحقة .

وجزاء الغش فى غير العقد هو التعويض . وجزاؤه فى العقد يكون تارة ابطال العقد كما فى التدليس عند تكوين العقد ، وطورا يكون تعويضا كما فى التدليس عند تنفيذ العقد ، وثالثة يكون عدم نفاذ العقد فى حق الغير كما فى الدعوى البوليصية ، ورابعة يكون رد الشيء الى حقيقته كما فى الصورية ، وهو على كل حال يوجب التعويض اذا أحدث ضررا باعتباره فى ذاته عملا غير مشروع (٢) .

٥٩١ — يشترط غش المدين وعلم من صدر له التصرف بالغش اذا كان التصرف معاوضة : وتنص الفقرة الأولى من المادة ٢٣٨ من التقنين المدنى ، كما رأينا ، على أنه « اذا كان تصرف المدين بعوض ، اشترط لعدم نفاذه فى حق الدائن أن يكون منطويا على غش من المدين ،

---

(١) استئناف مختلط ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٢٩ .
(٢) بلانيول وريبير واسمان ٦ فقرة ٣٤٦ — فقرة ٣٥١ — ديموج ٧ فقرة ١١٣٢ وما بعدها — ريبير فى القاعدة الخلقية فقرة ١٥٧ وما بعدها — جوسران فى الباعث فقرة ١٧١ وما بعدها .

وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش . ويكفى لاعتبار التصرف منطويا على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر ، كما يعتبر من صدر له التصرف عالما بغش المدين اذا كان قد علم أن هذا المدين معسر » .

ويتبين من هذا النص أنه اذا كان التصرف الصادر من المدين معاوضة ، كبيع مثلا ، وجب أن يكون منطويا على غش من المدين . وقد توخى التقنين المدنى الجديد اقامة قرائن قانونية لتيسير الاثبات الذى يحمل عبئه الدائن . فعلى الدائن أن يثبت أن المدين وقت أن صدر منه البيع كان يعلم أن هذا البيع يسبب اعساره أو يزيد فى اعساره . ويستطيع الدائن أن يستخلص هذا العلم من بعض القرائن القضائية التى تقوم فى الدعوى ، كما اذا كان المدين قد تصرف لولده أو لزوجته أو لأحد أقاربه الأقربين ولم يكن لمن تصرف له مال ظاهر يقوم معه احتمال جدى أنه دفع الثمن .

فاذا اثبت الدائن علم المدين باعساره ، كان هذا قرينة قانونية على غش المدين . ولكن القرينة غير قاطعة ، فهى قابلة لاثبات العكس . ويستطيع المدين أن ينقضها بأن يثبت من جانبه أنه بالرغم من علمه باعساره الا أنه لم يقصد الحاق الضرر بالدائن ، بل كان الدافع له على التصرف باعثا آخر ، كتلبيه لنداء واجب أدبى ، أو حصوله على ما يقوم بحاجات المعيشة مع وثوقه أن اعساره مؤقت لا يلبث أن يزول وان أخلفت الأيام ظنه فبقى معسرا (١) . وقد يتعاقد المدين تعاقدا يؤدى الى اعساره وهو عالم بذلك ، وانما يقدم على التعاقد لا غشا واضرارا بحقوق الدائن ، بل اعتقادا منه أن هذا التعاقد الذى أدى الى اعساره سيكون

---

(١) استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ١٠١ — ١٨ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٢٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣٠ — ريبير فى القاعدة الخلقية فقرة ١٦٩ — جوسران ٢ فقرة ٦٨٩ — والتون ٢ ص ١١٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٧٩٨ — ص ٧٩٩ .

سببا فى ترويج أعماله وعودته الى اليسار . ففى مثل هذه الحالة ، اذا أثبت المدين ذلك ، لايجوز للدائن الطعن فى العقد لانعدام الغش (١) .

ولا يكفى ، مادام التصرف معاوضه ، أن يكون هذا التصرف منطويا على غش من المدين على النحو المتقدم الذكر ، بل يجب أيضا أن يكون من صدر له التصرف — المشترى مثلا — على علم بهذا الغش . وهنا أيضا يقيم التقنين المدنى الجديد قرينة قانونية أخرى ، فيكفى أن يثبت الدائن علم من صدر له التصرف أن هذا التصرف يسبب اعسار المدين أو يزيد فى اعساره ، حتى يعتبر من صدر له التصرف أنه على علم بغش المدين. وعلى من صدر له التصرف ، اذا أراد أن ينقض هذه القرينة ، أن يثبت أنه ، بالرغم من هذا العلم ، كان يعتقد بحسن نية أن المدين لم يكن يقصد الاضرار بدائنيه ، كأن يكون التصرف الصادر من المدين ليس الا تصرفا مألوفا تقتضيه صيانة تجارته أو زراعته أو صناعته (٢) .

ويتبين مما تقدم أن التصرف اذا كان معاوضة وطعن فيه الدائن بالدعوى البولصية ، بدأ باثبات أن المدين قد تصرف وهو عالم بأن هذا

---

(١) أنظر فى هذا المعنى الأستاذ عبد السلام ذهنى فى الالتزامات فقرة ٣٤٦ .

(٢) وقد ورد فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد تيسير الاثبات فى الدعوى البولصية ما يأتى : « ولعل أمر الاثبات من اشق ما يصادف الدائن فى الدعوى البوليصية ، سواء فى ذلك اثبات اعسار المدين أم اثبات التواطؤ بينه وبين من يخلفه . وقد وضع المشروع قاعدتين لتيسير مهمة الدائن فى هذا الصدد : (أ) فاجتزأ من الدائن فى اثبات اعسار مدينه باقامة الدليل على مقدار ما فى ذمته من ديون . فمتى أقام هذا الدليل ، كان على المدين أن يثبت أن له مالا يعادل قيمة هذه الديون على الأقل .(ب) ثم انه جعل من مجرد علم المدين باعساره قرينة على توافر الغش من ناحية ، واعتبر من صدر له التصرف عالما بهذا الغش اذا كان قد علم بذلك الاعسار ... من ناحية أخرى . ويراعى أن حسن النية يفترض فيما يعقد من التصرفات العادية التى تقتضيها صيانة تجارة المدين أو زراعته أو صناعته . فمثل هذه التصرفات تقع صحيحة ، وتكون بهذه المثابة بمأمن من الطعن : أنظر المادة ١١٢ من التقنين البرازيلى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٢ — ص ٦٣٣) .

أنظر فى هذه المسائل فى التقنين المدنى السابق نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ .

التصرف يؤدى الى اعساره ، وأن من صدر له التصرف يعلم ذلك أيضا (١) . فاذا تمكن من هذا الاثبات ، فرضنا الغش فى جانب المدين وفى جانب من صدر له التصرف ، حتى يثبت أى منهما ان لم تكن عنده نية الاضرار بالدائن . والاثبات من جانب الثلاثة يكون بجميع الطرق ،

= وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد المادتين ١٣٧ و ١٣٨ / ١ من القانون المدنى أن الغش الواقع من المدين وحده فى عقود المعاوضات لايكفى لابطال تصرفه ، بل يجب اثبات التواطؤ بينه وبين المتصرف له على الاضرار بحقوق الدائن لأن الغش من الجانبين هو من الاركان الواجب قيام دعوى عدم نفاذ التصرفات عليها ، وأن يثبت ان الغش موجود وقت صدور التصرف المطعون فيه . واذ كان الحكم المطعون فيه بعد أن اثبت أن الطاعن اشترى العقار موضوع الدعوى واثبت فى عقد البيع الصادر له من المطعون عليه الثانى أن العين المبيعة محملة برهن رسمى للمطعون عليها الأولى ضمانا لدينها قبل المطعون عليه الثانى البائع ، وأن هذا الرهن سابق فى القيد على تسجيل عقد شراء الطاعن واستخلص الحكم من شهادة شاهدى المطعون عليها الاولى فى هذا الخصوص ، ومما شهد به شاهد الطاعن من انه احتجز جزءا من الثمن لوجود الرهن ، قيام التواطؤ بين المطعون عليه الثانى وبين الطاعن تأسيسا على ان هذا الاخير كان يعلم أن التصرف يؤدى الى اعسار المطعون عليه الثانى ، مع أن الثابت من الحكم أن الطاعن اقبل على الشراء وهو على بينة من الدين ومن الرهن المقيد على العين المبيعة ضمانا لهذا الدين ، والذى يخول للمطعون عليها الاولى تتبع العقار فى أى يد تكون ، ثم رتب الحكم على ذلك قضاءه بعدم نفاذ العقد الصادر من المطعون عليه الثانى للطاعن ، فانه يكون معيبا بالخطأ فى تطبيق القانون والفساد فى الاستدلال (نقض مدنى فى ٢٧ من ابريل ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ رقم ٨٩ ص ٥٦٥) .

(١) استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥١ — ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٠٤ — ٢٥ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٠٥ .

وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد نص المادتين ٢٣٧ و ١/٢٣٨ من القانون المدنى أن الغش الواقع من المدين وحده فى عقود المعارضات لا يكفى لابطال تصرفه ، بل يجب اثبات التواطؤ بينه وبين المتصرف له على الاضرار بحقوق الدائن ، لان الغش من الجانبين هو من الاركان الواجب قيام دعوى عدم نفاذ التصرفات عليها ، وأن يثبت ان الغش موجود وقت صدور التصرف المطعون فيه : نقض مدنى فى ٢٧ ابريل سنة ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ رقم ٨٩ ص ٥٦٥ ونقض مدنى فى ٨ مايو سنة ١٩٧٨ المجموعة السابقة السنة ٢٩ رقم ٢٣٣ ص ١١٨٥ .

لأن المراد اثبات واقعة مادية ، ولأن الغش يجـوز اثباته بجميع طرق الاثبـــات (١) .

---

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٦٣٢ — وقد قدمنا ان اثبـــات علم من تصرف له المدين باعسار المدين قد يكون بالقرائن القضائية ، كعلاقة الزوجية أو القرابة ، فاذا اقترنت هذه القرينة بقرائن أخرى تؤيدها كان هذا دليلا على العـلم باعسار المدين (استئناف مختلط ١٥ ابريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٠٥ — ١٧ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٦٠ — ١١ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٨٧ — ١٨ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٢٧ — ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٩ — ٢٢ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٤١ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥١) انظر أيضـــا : استئناف مختلط ٢٢ فبراير ســنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٢٥ (مدين باع أمـــلاكه لأولاده وادعى انه قبض الثمن من أمهم) — ٩ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٦٤ (باع المـــدين الارض لقريب له يعيش معه فى بيت واحد واستمرا يستغلانها معا) — ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٦٠ (باع المدين لزوجه عقارا ولم يتمكن الزوج من أن يثبت من أين أتت له النقود التى دفع منها الثمن ، ولم يكن فى حالة ماليـــة تسمح باحتمال وقوع هذه الصفقة له — انظر فى هذا المعنى أيضـــــا : استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٨٧ — ٢٩ مايو ســـنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٢٧) — اسكندرية الكلية الاهلية أول سبتمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١/١٧٨ ص ١٥٧ (باع المدين لزوجته المقيمة معه فى معاش واحد كافة مايمتلكه ، ثم بقيت الاعيان المبيعة فى حيازة المدين بعد البيع) . ولكن مجرد قرابة المشترى والمشترى من باطنه للبائع دون قرائن أخــرى لايكفى لاثبات سوء النية (استئناف مصر ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١٨٧ ص ٢٣٣) . ولايكفى كذلك مجرد علاقة الزوجية دون قرينـــة أخرى (استئناف أهلى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤ المجموعة الرســمية ١٤ رقم ٤ ص ٨ — استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٧ ص ٢٢٧ — ٣ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٩) .

وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد نص المادتين ٢٣٧ و ١/٢٣٨ من القانون المدنى أن الغش الواقع من المدين وحده فى عقود المعاوضات لايكفى لعدم نفاذ تصرفه فى حق الدائن بل يجب على الدائن اثبات التواطؤ بـــين المدين وبين المتصرف اليـــه على الاضرار بحقـــوق الدائن لان الغش من الجانبين هو من الاركان الواجب قيام دعوى عدم نفاذ التصرفات عليها ، وأن يثبت ان الغش موجود وقت صدور التصرف المطعون فيه ، واذ كان يبين مما قررة الحكم المطعون فيه واسس عليه قضاءه انه استخلص من اقوال الشهود والقرائن التى أوردها ان المتصرف اليه — مشترى العقار — لـم يكن يعلم أن التصرف يؤدى الى اعسار — البائع — ورتب على ذلك عدم =

التصرف يسبب اعسار المدين أو يزيد فى اعساره هو من الأمور الموضوعية التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع (١) •

= توافر الغش فى جانب المتصرف اليه بما ينتفى معه أحد أركان دعوى عدم نفاذ التصرف ، فانه يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا : نقض مدنى فى ٤ ديسمبر سنة ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ رقم ٢١١ ص ١٢١٣ •

ومن القرائن على الغش تسجيل التصرف بعد صدور الحكم بالدين ، وسرعة التصرف من المدين لمشتر ومن هذا المشترى لمشترى آخر • ولذا يعد غير نافذ شراء شخص عقار مدين بعد صدور حكم أثبت أن فى ذمته دينا وبعد أخذ الدائن لحق اختصاص ، ولا يمكن المشترى الثانى الادعاء أنه حسن النية بمجرد عدم ظهور تسجيلات ضد المشترى الاول ، لان من عادة المشترى الكشف أيضا ضد البائع لبائعه (استئناف أهلى ١٢ يناير سنة ١٩١١ الحقوق ٢٧ ص ١) • وحكم على زوج بدين ، وبعد صدور هذا الحكم باع منزلا كان يملكه ، ثم بعد ذلك بأيام اشترت زوجته أرضا فضاء وأنشأت فيها منزلا نقضت المحكمة بأن هذه الظروف تكفى للحكم بأن الارض الفضاء اشترتها الزوجة بمال المدين وأن البناء كذلك من ماله ، وانما جعلا باسم الزوجة هروبا من الدين (استئناف أهلى ١٠ مارس سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٣٠ ص ٢١٧) وحصول الشراء فى وقت مشتبه فيه ، وشراء الشخص لاطيان فى جهة بعيدة عنه لايملك فيها شيئا ولا مصلحة له فيها مع علمه بالظروف الحاصل فيها البيع ، كل ذلك يعد قرينة على الغش (استئناف مصر ١٩ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ ص ٢٦٧ رقم ١٤٧) •لكن مجرد علم الغير بأن المدين له دائنون ، وانهم يطالبون بحقوقهم ، لا يكفى (والتون ٢ ص ١١٦) •

واذا كان النائب سيىء النية وتعامل مع مدين معسر متواطىء معه ، فذلك كاف لاستعمال الدعوى البوليصية حتى لو كان الأصيل حسن النية (والتون ٢ ص ١١٧ — الوسيط جزء أول (الطبعة الثالثة المجلد الاول فقرة ٨٦ ص ٢٤١) •

ويجب أن يبين طالب التحقيق فى الدعوى البوليصية الوقائع التى يريد اثباتها للتدليل عى سوء نية المشترى ، لا ان يكتفى باظهار استعداده لاثبات سوء النية دون أن يوضح وقائع معينة (استئناف أهلى ٩ ميسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٣/٣٢٧ ص ١٨٣) •

ووجود التواطؤ فى الدعوى البوليصية مسألة موضوعية لا رقابة لمحكمة النقض عليها (نقض مدنى ١٩ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٤١٩ ص ٨٥٠) •

(٢) نقض مدنى فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ رقم ٢٩٧ ص ١٥٨٠ •

٥٩٢ — لا يشترط غش المدين ولا سوء نية من تصرف له المدين اذا كان التصرف تبرعا : أما اذا كان التصرف الصادر من المدين تبرعا ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٣٨ من التقنين المدنى ، كما رأينا ، على ما يأتى : « أما اذا كان التصرف تبرعا ، فانه لا ينفذ فى حق الدائن، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا » .

ويتبين من هذا النص أن المدين اذا صدر منه تبرع ، كهبة مثلا ، فليس من الضرورى أن يثبت الدائن غش المدين المتبرع أى علمه باعساره ، ومن باب أولى ليس من الضرورى أن يثبت علم الموهوب له باعسار المدين . بل يكفى للنجاح فى الدعوى البوليصية فى حالة التبرع أن يثبت الدائن أن هذا التبرع قد سبب اعسار المدين أو زاد فى اعساره، سواء كان المدين يعلم بذلك أو لا يعلم ، وسواء كان الموهوب له يعلم هو أيضا أو لا يعلم . ويبرر هذا الحكم أن الدائن يشكو من ضرر أصابه من جراء تبرع مدينه اذا بقى هذا التبرع قائما ، أما الموهوب له فلا يشكو الا من فوات نفع عليه اذا أجزنا للدائن الطعن فى التبرع ، والفرق واضح بين من يتوقى ضررا ومن يبتغى نفعا ، فالأول أى الدائن على الدائن مادام هذا لم يحتط لنفسه فيحصل على ضمان خاص لاستيفاء هو الأجدر بالرعاية (١) . أما فى المعاوضات فالمفاضلة بين الدائن والمشترى غيرها بين الدائن والموهوب له . اذ المشترى انما يتوقى ضررا كالدائن ، فقد دفع مقابلا للمدين ، فان كان حسن النية وجب أن يفضل

---

(١) هالتون ١ ص ٣٤٣ — والتون ٢ ص ١١٧ — ص ١١٨ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٢ هامش رقم ١ .

ويلاحظ أن الموهوب له اذا كان حسن النية ، فلا يسترد منه الدائن الا بمقدار ما اغتنى به من وراء هذا التبرع ؛ ويكسب الموهوب له ثمرات الشىء الموهوب ما دام قد قبضها وهو حسن النية وفقا للقواعد العامة (ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٨ — هيك ٧ فقرة ٢٢١ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٦١ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٢ هامش رقم ١) .

حقه ، وان كان المشترى سىء النية فضل عليه الدائن (١) •

وقد كان هذا هو أيضا الحكم فى التقنين المدنى السابق (٢) •

أما فى فرنسا فالغش فى جانب المدين شرط فى الدعوى البوليصية ، سواء كان التصرف المطعون فيه معاوضة أو تبرعا (٣) • ولكن اذا كان التصرف معاوضة ، اشترط أيضا الغش فى جانب من صدر له التصرف• أما اذا كان التصرف تبرعا ، لم يشترط الغش فى جانب من صدر له التبرع ، ويكفى غش المدين •

---

(١) انظر المادة ٢٣٠ من التقنين التجارى . وانظر العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٧٠٢ هامش رقم ٢ وأحكام القضاء المصرى والفرنسى المشار اليها فى هذا المرجع •

(٢) انظر مناقشة مواد التقنين المدنى السابق ، فى نصوصها العربية والفرنسية . لاستخلاص التمييز بين المعاوضة حيث يشترط غش المدين والتبرع حيث لا يشترط هذا الغش ، وأخذ الفقه والقضاء بهذا التمييز فى عهد التقنين المدنى السابق : نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٠ هامش رقم ٢ . وانظر فى تأكيد هذا المعنى : نقض مدنى ٢٧ مايو سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٩ ص ١٦٩ — ومع ذلك قارن : استئناف مختلط ١١ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢١٦ .

(٣) وقد كان هناك رأى فى فرنسا يذهب الى ان التبرع لا يشترط فيه الغش فى جانب المدين ، لأن التبرع فى ذاته قرينة على الغش (ديفرجييه على تولييه ٣ فقرة ٣٥٤ هامش رقم ١ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ٢٠٢) .

ويستند أصحاب هذا الرأى بوجه خاص الى أن التقنين المدنى الفرنسى ذكر ثلاث أحوال يتنازل فيها المدين عن حقه دون مقابل ، فيسمح للدائن بالطعن فى هذا التنازل دون أن يشترط سوء نية المدين ، بل اقتصر النص على اشتراط وجود ضرر للدائن من هذا التنازل . وهذه الأحوال هى : (أ) المادة ٦٢٢ مدنى فرنسى المتعلقة بتنازل المدين عن حق الانتفاع . (ب) المادة ٧٨٨ مدنى فرنسى المتعلقة بتنازل الوارث عن الميراث . (جـ) المادة ١٠٥٣ مدنى فرنسى المتعلقة بتنازل الموهوب له عن الهبة لمن يحل بعده فيها . وقد استخلصوا من ذلك ، ومن أن مشروع التقنين المدنى الفرنسى كان يتضمن نصا يشترط الغش فى هذه الأحوال ثم حذف ، أن تنازل المدين عن حقه دون مقابل يجوز فيه الطعن حتى لو لم يوجد هناك غش فى جانب المدين ، ما دام هذا التنازل ضارا بحقوق الدائن . ثم عمموا هذه القاعدة فجعلوها تشمل جميع التبرعات ، سواء كانت فى صورة تنازل =

٥٩٣ — خلف الخلف : وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢٣٨ من التقنين المدنى ، كما رأينا ، على أنه « اذا كان الخلف الذى انتقل اليه الشىء من المدين قد تصرف فيه بعوض الى خلف آخر ، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف الا اذا كان الخلف الثانى يعلم غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش ان كان المدين قد تصرف بعوض ، أو كان هذا الخلف الثانى يعلم اعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول ان كان المدين قد تصرف له تبرعا » .

ويستخلص من هذا النص أن هناك فرضين يجب التمييز بينهما :

(الفرض الأول) أن الخلف الذى انتقل اليه الشىء من المدين قد تصرف فيه لخلف ثان تبرعا . ففى هذا الفرض لا يشترط سوء نية الخلف الثانى ، لأنه انما يبتغى نفعا ولا يتوقى ضررا كما قدمنا . فاذا كان الخلف الأول قد تلقى التصرف هو الآخر تبرعا ، فلا تشترط سوء نيته ولا غش المدين كما سبق القول . أما اذا كان الخلف الأول قد تلقى

= او فى أية صورة أخرى . وهناك من الفقهاء من يقصر القاعدة على التنازل دون غيره من التبرعات (ديرانتون ١٠ فقرة ٥٧٨ — كوليه دى سانتير ٥ فقرة ٨٢ مكررة — فيجبيه ٢ فقرة ١٢٥٠) .

ولكن هذا الراى لم يسد لا فى الفقه ولا فى القضاء (ديمولومب ٢٥ فقرة ١٩٢ — لوران ١٦ فقرة ٤٤٣ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣١ — ديموج ٨ فقرة ١٠٣٣ ص ٤٠٩ — نقض فرنسى ٢١ ديسمبر سنة ١٨٥٩ داللوز ٦١ — ١ — ٢١٥ — ١١ نوفمبر سنة ١٨٧٨ سيريه ٨٠ — ١ — ٢٨) . والراى السائد هو اشتراط غش المدين حتى فى التبرعات . ويرد أنصار هذا الرأى على أنصار الرأى الأول بأنه اذا كان المشرع الفرنسى قد اغفل شرط الغش فى الأحوال الثلاث التى أشير اليها ، فحذفه بعد ذكره ، فلأنه لم يكن قد اتخذ لنفسه موقفا فى هذه المسألة . فاذا ما وصل الى المادة ١١٦٧ — وهى النص الأساسى فى الموضوع — نراه اتخذ موقفا واضحا اذ اشترط الغش بعبارة مطلقة ، ولم يميز بين المعاوضة والتبرع ، أو بين التنازل وغيره . ثم لما عرضت له حالة من احوال التنازل بعد أن أورد المادة ١١٦٧ — وهى حالة تنازل الزوجة عن حقها فى الروكية (م ١٤٦٤) — اذا به يشترط صراحة فيها الغش (بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣١) — وراجع ايضا مازو المرجع السابق فقرة ٩٩٥ .

التصرف معاوضة ، فيشترط اثبات غش كل من المدين وهذا الخلف الأول على النحو الذى قدمناه •

(الفرض الثانى) أن الخلف الذى انتقل اليه الشىء من المدين قد تصرف فيه لخلف ثان معاوضة ، وهذا هو الفرض الذى ورد فيه النص المتقدم الذكر •

فان كان المدين قد تصرف معاوضة أيضا للخلف الأول ، فلا يكفى أن يثبت الدائن غش كل من المدين والخلف الأول ، بل يجب أيضا أن يثبت غش الخلف الثانى ، فيثبت أن الخلف الثانى علم أمرين : ١ — غش المدين ٢ — وعلم الخلف الأول بغش المدين (١) • وفى هذا الحكم تخرج

---

(١) وذلك « حتى لا يكون عقد الخلف الثانى معرضا للطعن فيه الا اذا كان الخلف الثانى عالما بعيب التصرف الاول من جهة المدين ومن جهة الخلف الاول » (أنظر تاريخ نص المادة ٢٣٨ آنفا فقرة ٥٦٩ فى الهامش) .
أنظر : استئناف أهلى ١٤ ابريل سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٥٧ ص ٢٤٤ — بنى سويف الكلية ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ٣٣١ — مصر الكلية الاهلية ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٢١ ص ٤٣ — استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٤ .
ولكن اذا باع المشترى العين بعد أن رفعت عليه الدعوى البوليصية وصدر الحكم فيها وسجل ، فلا ضرورة لاثبات سوء نية المشترى الثانى (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٧٠ — ٢ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٧٥ — ٣ يونيه سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٥٧) . ويلاحظ انه قد يتواطأ المدين مع آخر ، ولكن بدلا من أن يبيع له العين مباشرة ، يبيعها لشخص حسن النية ، وهذا الشخص يبيعها للمتواطىء مع المدين ، ففى هذه الحالة يكفى تواطؤ المدين مع المشترى من المشترى وان كان المشترى الاول حسن النية (ديمولومب ٢٥ فقرة ١٩٩ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ٢٠٥ وهامش رقم ٢٣ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٦٧ ص ٦٧٨ هامش رقم ٢) .
وقد قضت محكمة النقض بان مفاد نص الفقرة الثالثة من المادة ٢٣٨ من القانون المدنى أن الخلف — الذى تصرف له المدين بعقد معاوضة — اذا ما تصرف بدوره الى خلف آخر بعقد معاوضة كان على الدائن الذى يطلب عدم نفاذ التصرف الاخير ان يثبت امرين (الاول) وقوع غش من المدين وهو ان التصرف منه ترتب عليه اعساره أو زيادة اعساره (والثانى) هو علم الخلف الأول بغش المدين : نقض مدنى فى ٢٩ من أكتوبر سنة ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ رقم ١٩٣ ص ١٢٨٢ .

الدعوى انتوليصية على القواعد العامة . فقد كان مقتضى تطبيق هذه القواعد أنه متى أمكن النجاح فى الدعوى البوليصية بالنسبة الى الخلف الأول ، انتزع الشىء من يد الخلف الثانى دون حاجة الى اثبات سوء نيته ، لأنه لم يكن فى وسع الخلف الأول أن ينقل الى الخلف الثانى أكثر مما له (١) . ولكن المبررات التى قامت لحماية الخلف الأول وتفضيله على الدائن اذا كان حسن النية تقوم هى نفسها لحماية الخلف الثانى

---

(١) فالقواعد العامة كانت تقضى اذن بالاقتصار على اشتراط الغش فى جانب المدين والمشترى دون المشترى من المشترى ، وقد ذهب فى فرنسا بعض الفقهاء والمحاكم الى هذا الراى (لوران ١٦ فقرة ٤٦٥ — فقرة ٤٦٦ — ديفرجييه على توليبه ٣ فقرة ٢٥٢ ص ٢٢٧ هامش رقم ١ — محكمة استئناف أميان ٢٦ مارس سنة ١٨٢٥ سيريه ٢٥ — ٢ — ٤١٧ — محكمة استئناف ليون ٢٣ يناير سنة ١٨٦٣ داللوز ٦٦ — ١ — ١٦٥) . ولكن جمهور الفقهاء والمحاكم نزلوا عند تقاليد الدعوى البوليصية ، وكان القانون الرومانى يشترط غش المشترى من المشترى (ديرانتون ١٠ فقرة ٥٨٢ — فقرة ٥٨٣ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٠٠ — هيك ٧ فقرة ٢٢٣ — ماركاديه ٤ فقرة ٤٩٩ مكررة — لارومبيير ٢ م ١١٦٧ ص ٤٦ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ٥٣٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٦٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٩ — نقض فرنسى ٢٤ مارس سنة ١٨٣٠ سيريه ٣٠ — ١ — ٢٥٢ — ٢ فبراير سنة ١٨٥٢ داللوز ٥٢ — ١ — ٤٩) .

وفى مصر نزل الفقه والقضاء على تقاليد الدعوى البوليصية واشترط الغش فى جانب المشترى من المشترى : دى هلتس ١ فى الدعوى البوليصية فقرة ٢٩ — هالتون ١ ص ٣٤٤ — ص ٣٤٥ — والتون ٢ ص ١٢١ — ص ١٢٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٧ — استئناف أهلى ١٤ ابريل سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٢٤٤ — بنى سويف ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ٣٣١ — استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٧٠) . انظر عكس ذلك فى عهد التقنين المدنى السابق استئناف مختلط ٦ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣ — ١٣ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٩٢ ، وتعليق الاستاذ جبرييل بسطوروس فى التعليقات على التقنين المدنى المختلط م ٢٠٤ ص ٤٠٦ هامش رقم ١ . وانظر دفاعا طيبا عن القاعدة التقليدية فى دى هلتس ١ الدعوى البوليصية فقرة ٣٠ — هذا وقد نص التقنين المدنى الجديد (م ٢٣٨) على القاعدة التقليدية صراحة كما رأينا ، فأصبح لهذا القاعدة سند تشريعى ، ولم تعد بذلك محلا للخلاف (انظر فى كل ذلك نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٧ هامش رقم ١) .

وتفضيله على الدائن اذا كان هو — دون الخلف الأول — حسن النية(١) •

أما اذا كان المدين قد تصرف تبرعا للخلف الأول ، فقد قدمنا أن الدائن ليس مكلفا باثبات سوء نية المدين ولا سوء نية الخلف الأول • ولكن مادام الخلف الأول قد تصرف معاوضة للخلف الثانى ، فانه يجب على الدائن أن يثبت ، حتى ينجح فى الدعوى البوليصية قبله ، علم هذا الخلف الثانى باعسار المدين • فاذا كان الخلف الثانى حسن النية ، فانه يفضل على الدائن ، لأنه دفع مقابلا فهو يتوقى ضررا كالدائن كما تقدم القول (٢) •

ويلاحظ أن الدائن ، فى هذا الفرض الثانى وفى حالتيه ، قد ينجح فى الدعوى البوليصية فى مواجهة الخلف الأول دون الخلف الثانى • وعند ذلك يعتبر تصرف المدين للخلف الأول غير نافذ فى حق الدائن ،

---

(١) واذا فرض أن المدين باع عقارا ، وأثبت الدائن الغش فى جانبه وجانب المشترى معا ، ولكن شفيعا اخذ هذا العقار بالشفعة ، فهل يجب على الدائن أن يثبت غش الشفيع كذلك ؛ اذا اعتبرنا أن الشفيع تلقى الحق عن المشترى ، فانه يجب اثباته غشه أيضا . ولكن من القواعد المقررة فى الشفعة أن الشفيع يتلقى الحق عن البائع مباشرة ولايتلقاه من المشترى ، فلسنا اذن فى صدد مشتر ثان من المشترى الاول . لذلك لانرى اشتراط غش الشفيع — وهو يكاد يكون مستحيلاً عملا — ويكفى غش المشترى . والأولى أن يقال ان البيع الذى كان سببا فى الاخذ بالشفعة لا ينفذ أثره بالنسبة الى الدائن ، فلا تنفذ الشفعة فى حقه ، وتبقى قائمة ما بين البائع والمشترى والشفيع . ومن ثم ينفذ الدائنون بحقوقهم على العقار المشفوع فيه ، ويجوز للشفيع بعد ذلك أن يستبقى فى يده ما عسى أن يبقى من العقار ويرجع بضمان الاستحقاق الجزئى على البائع (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٢ هامش رقم ٢) .

(٢) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٢ — ويلاحظ أن هذه الحالة من الفرض الثانى صعبة التصور عملا ، فما دام الموهوب له حسن النية ، فيبعد أن يكون المشترى من الموهوب له سيء النية . ومع ذلك تتحقق هذه الحالة فى فرنسا فى المهر (dot) فقد يهب أب معسر لابنته مهرا وهى حسنة النية لا تعلم باعسار أبيها ، وتعطى البنت المهر لزوجها وهو سيء النية متواطيء مع الاب . ولا تتحقق هذه الحالة عملا فى مصر الا اذا كان كل من المدين والموهوب له سيء النية ، فعندئذ اما أن يكون المشترى من الموهوب له حسن النية فلا يجوز للدائن رفع الدعوى البوليصية ، واما أن يكون سيء النية فيجوز للدائن ذلك (دى هلتس ١ فى الدعوى البوليصية فقرة ٣٨ — فقرة ٣٩) .

أما تصرف الخلف الأول للخلف الثانى فنافذ ، ومن ثم يستطيع الدائن التنفيذ بحقه على العوض الذى التزم به الخلف الثانى للخلف الأول ، ويشاركه فى ذلك — الى جانب سائر دائنى المدين — جميع دائنى الخلف الأول مشاركة الغرماء (١) •

٥٩٤ — التمييز بين المعاوضات والتبرعات : ولما كان التمييز بين المعاوضات والتبرعات له أهمية كبرى فى الدعوى البوليصية لما قدمناه ، فاننا نستعرض هنا بعض حالات يدق فيها هذا التمييز :

١ — عقود المعاوضة اذا انطوت على غبن فاحش ، كما لو باع المدين عيناً بربع ثمنها ، قد تبدو أنها من قبيل التبرع • ولكن الصحيح أنها تبقى عقود معاوضة ، ويشترط فيها الغش ، ما لم يكن الثمن تافها غير جدى فيكون العقد تبرعا لا يشترط فيه الغش • أما اذا كان الثمن جديا ولكن انطوى على غبن فاحش ، فقد يقوم هذا الغبن الفاحش ذاته قرينة على الغش (٢) •

---

(١) استئناف مختلط ٩ ابريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٤ — وقد قيل فى الاعتراض على القاعدة التقليدية انها تيسر سبيل التهرب من الدعوى البوليصية ، ويكفى لذلك ان يبادر المشترى المتواطىء مع المدين الى بيع العين لمشتر ثان حسن النية ، فيعجز الدائن عن رفع الدعوى البوليصية على المشترى من المشترى (بودرى وبارد) فقرة ٦٦٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٩) • وما قدمناه يصلح ردا على هذا الاعتراض ، فان الدائن فى هذه الحالة يستطيع رفع الدعوى البوليصية على المدين والمشترى ، ويجب أن يرد المشترى الثمن الذى اخذه من المشترى الثانى — أو قيمة العين ان كانت أكبر من الثمن — لينفذ عليه الدائن بحقه • وكذلك الامر لو وهب المدين العين ثم باعها الموهوب له لمشتر حسن النية ، فان الدائن يرفع الدعوى البوليصية على المدين والموهوب له ولو كان كل منهما حسن النية ، دون المشترى من الموهوب له اذ هو حسن النية ، وينفذ بحقه على الثمن الذى دفعه المشترى للموهوب له (استئناف مختلط ٩ ابريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٤ — وانظر فى القانون الفرنسى ، مع ملاحظة اشتراط سوء نية المدين دون الموهوب له ، بودرى وبارد ١ فقرة ٦٦٨) •

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣٦ •

٢ — يعتبر الاقراض دون فائدة تبرعا ، أما الاقراض بفـــائدة فيعتبر معاوضـــة •

٣ — هناك عقود تكون تبرعا من ناحية أحد المتعاقدين ، ومعاوضة من ناحية المتعاقد الآخر • مثل ذلك الكفالة ، شخصية كانت أو عينية ، فهى تبرع من جهة الكفيل اذا لم يأخذ عوضا لا من المدين ولا من الدائن ، وهى معاوضة من جهة الدائن • والعبرة فى هذه الحالة بجانب المعاوضة ، فاذا رفع دائن الكفيل الدعوى البوليصية للطعن فى عقد الكفالة — وهـــو عقد يزيد فى التزامات الكفيل الشخصى وينتقص من حقـــوق الكفيـــل العينى — وجب عليه أن يثبت غش كل من الكفيل والدائن •

٤ — هناك عقود ليست تبرعات خالصة ، بل يدخـــل فيها عنصر المعاوضة • مثل ذلك هبة تصدر من شخص اعترافا بجميل أسداه اليـــه الموهوب له (donation rémunératoire) ، فهذه الهبـــة هى فى حقيقتها معاوضة قل أن تدخلها نية الغش ، فلا يجـــوز الطعن فيها بالدعـــوى البوليصية • على أننا لو فرضـــنا أن المدين كان مدفوعا فى هبتـــه ، الى جانب الاعتراف بالجميل ، بنية الاضرار بدائنيه فبالغ فى قيمة الهبة ، فانه يجوز الطعن فى التصرف بالدعوى البوليصية ، ولكن يشترط هنا اثبـــات الغش • مثل ذلك أيضا الهبة بعوض ، فانه يجب اعتبار العقد معاوضـــة لا سيما اذا التزم الموهـــوب له بدفع العوض للغـــير ، ومن ثم يجب لاستعمال الدعوى البوليصية اثبات الغش (١) • ومثل ذلك أخيرا عقـــد المهر فى القانون الفرنسى ، فان القضاء فى فرنسا يعتبره عقد معاوضـــة فيستلزم اثبات الغش فى جانب المدين الذى قدم المهر وفى جانب كل من الزوجين (٢) ، أما الفقه الفرنسى فيعتبره تبرعا يكفى فيه — فى القانون

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣١ •

(٢) نقض فرنسى ١٦ نوفمبر سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١١ — ١ — ٥٠٠ •

الفرنسي — اثبات غش المدين الذى قدم المهـــر (١) • وفى الشريعـة الاسلامية المهر مبلغ من المال يعطيه الزوج لزوجته ، وفيه معنى المقابل لحل الاستمتاع ، ولذلك يسقط نصف المهر بعدم الدخول • ومن هـذا نرى اعتبار المهر معاوضـة ، فيجب على دائن الزوج أن يثبت تواطـؤ الزوج مع زوجته على الزيادة فى مهرها زيادة فاحشة بقصد الاضرار بحقوق الدائن • أما الهدايا التى يقدمهـا الخطيب لخطيبته والـزوج لزوجته فنرى اعتبارها من قبيل التبرعات ، فلا يشترط فيها اثبـات الغش • وأما ما قد يقدمه والد الزوجة أو أحد أقاربها من المعونة المالية لتجهيزها فيمكن أن يعد وفاء لالتزام طبيعى ، لا يجوز الطعن فيـه بالدعوى البوليصية الا اذا ثبت الغش بأن جاوزت المعونة الحد المألوف وزاد الجهاز على جهاز المثل (٢) •

(١) بودرى وبارد ١ فقرة ٦٧١ — فقرة ٦٨٠ •

(٢) انظر فى كل ذلك نظرية العقد للمؤلف فقـرة ٧٣٥ ص ص ٨٠٨ هامش رقم ١ — وانظر فى المهر من حيث انه معاوضة أو تبرع فى القانون الفرنسى ديموج ٧ فقرة ١٠٣٨ — فقرة ١٠٤٣ مكررة • وانظر : استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٣٠ م ٣٢ ص ٢٤٥ — ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٣٢ ص ٢٨٧ — وانظر أيضا المادة ٢٢٩ من التقنين التجارى •

الدعوى البوليصية فى القانون التجارى: والدعوى البوليصية فى القانون التجارى لها صورتان : ١ — صورة مماثلة لصورتها فى القانون المدنى ، وتنص عليها المادتان ٢٢٩ — ٢٣٠ من التقنين التجارى ، وهى نصوص تتفق فى جوهرها مع نصوص التقنين المدنى الجديد ، وتفوق فى الدقة نصوص التقنين المدنى السابق (انظر : نقض مدنى ١٥ اكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة احكام النقض ٥ رقم ٢ ص ٤٩ — استئناف مختلط ١٤ يونية سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣٢٥) • ٢ — وصـورة أخرى مقصورة على تصرفات التـاجر المفلس منذ شهر افلاسه وقبل ذلك بقليل ، وتنص عليها المادتان ٢٢٧ — ٢٢٨ من التقنين التجارى • والذى يميز هذه الصورة الاخرى أن القانـون فيها يفترض الغش فى جانب المدين ، فلا يكلف الدائنين ولا السنديك باثباته ، ولايسمح للمدين بنفيه عنه ، ما دام التصرف قد صدر من المدين فى وقت غير سابق على تاريخ توقفه عن الدفع بأكثر من عشرة أيام (نظرية العقـد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٧٩٧ هامش رقم ١) •

المبحث الرابع

التقادم فى الدعوى البوليصية

٥٩٥ — تقادم الدعوى البوليصية فى التقنين المدنى السابق وفى التقنين المدنى الفرنسى : لم يكن هناك نص خاص فى التقنين المدنى السابق فى صدد تقادم الدعوى البوليصية . لذلك لم يكن هناك خلاف فى تقادم هذه الدعوى بخمس عشرة سنة ، شأنها فى ذلك سائر الدعاوى التى لم يرد فى أمر تقادمها نص خاص (١) . وكانت المدة تسرى من وقت صدور التصرف من المدين لا من وقت علم الدائن بالتصرف ، لأن سبب الدعوى قد وجد منذ صدور التصرف (٢) .

ولا يوجد كذلك فى التقنين المدنى الفرنسى نص خاص بتقادم الدعوى البوليصية . وجمهور الفقهاء فى فرنسا ، سواء منهم من كيف الدعوى بأنها دعوى تعويض ومن كيفها بأنها دعوى بطلان ، يقولون بأن الدعوى البوليصية تسقط كسائر الدعاوى بثلاثين سنة ، لا بعشر سنوات وهى المدة التى تسقط بانقضائها دعاوى البطلان فى القانون الفرنسى (٣) .

---

(١) استئناف أهلى ٢٥ يوليه سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١٦٢/٣ ص ٤٨٣ (ويقرر الحكم أن الوقف له حق التمسك بسقوط الدعوى بالتقادم باعتباره شخصا أدبيا ، وذلك فى حالة الوقف اضرارا بالدائنين) — دى هلتس ١ فى الدعوى البوليصية فقرة ٥٤ — والتون ٢ ص ١٦٢ — الاستاذ عبد السلام ذهنى فى الالتزامات فقرة ٣٦٠ — مذكرات الاستاذ محمد صادق فهمى فقرة ٥١٨ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٠ .

(٢) دى هلتس ١ فى الدعوى البوليصية فقرة ٥٥ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٠ — وانظر : ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٤٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٣٠ .

(٣) لوران ١٦ فقرة ٤٦٧ — فقرة ٤٦٩ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٤٠ — فقرة ٢٤٤ — هيك ٧ فقرة ٢٢٩ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ٢١٥ — ص ٢١٦ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٢٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٦ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٥٤ — جوسران ٢ فقرة ٧٠٥ =

٥٩٦ — تقادم الدعوى البوليصية فى التقنين المدنى الجديد : وقد رأينا أن التقنين المدنى الجديد قد استحدث نصا فى تقادم الدعوى البوليصية ، فقضت المادة ٢٤٣ بأن « تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، وتسقط فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذى صدر فيه التصرف المطعون فيه » .

ونرى من ذلك أن التقنين المدنى الجديد جعل مدة تقادم الدعوى البوليصية معادلة لمدة تقادم دعاوى البطلان والدعاوى الناشئة عن العمل غير المشروع والاثراء بلا سبب ، وان كانت الدعوى البوليصية ليست بدعوى بطلان كما سيجىء . وقد نزل التقنين الجديد بمدة التقادم الى ثلاث سنوات حتى لا يبقى مصير التصرف الصادر من المدين معلقا مدة طويلة . وقد كان المشروع التمهيدى يجعل مدة التقادم سنة واحدة ، ولكن لجنة مجلس الشيوخ رفعت هذه المدة الى ثلاث سنوات « توخيا للتيسير » (١) . وتسرى مدة الثلاث السنوات من وقت

= بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٤٤٤ — جروبيبه فقرة ٢٥٩ — ديموج ٧ فقرة ١١٠٩ — وقد ذكرنا أن الفقهاء الذين يذهبون الى أن الدعوى البوليصية دعوى بطلان يجعلونها مع ذلك تسقط بثلاثين سنة لا بعشر سنوات ، ويعلل الاستاذان بودرى وبارد ذلك بأن سقوط دعوى البطلان بعشر سنوات مبنى على اجازة ضمنية . والاجازة الضمنية لا تتصور فى الدعوى البوليصية (بودرى وبارد ١ فقرة ٧٢٦ ص ٧٤٧ وهامش رقم ٢) . ولا نرى هذا التعليل وجيها ، فان للدائن أن يتنازل عن الدعوى البوليصية ، اذ ليست هذه الدعوى من النظام العام ، ولم تتقرر الا لمصلحة الدائن ، ولايخفى أن تنازل الدائن عن الدعوى انما هو بمثابة اجازة ضمنية لتصرف المدين . والأدق أن يقال ان الدائن ، وهو من الغير ، يقر (ratifier) التصرف لا يجيزه (confirmer) (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٠ ص ٨١٤ هامش رقم ١) .

على أن هناك من الفقهاء الفرنسيين من يتقيد بمنطق البطلان فيجعل الدعوى تسقط بعشر سنوات (ديرانتون ١٠ فقرة ٥٨٥) . وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (الفقرة الاخيرة من المادة ٢٧٨) تسقط الدعوى البوليصية بعشر سنوات .

(١) انظر تاريخ نص المادة ٢٤٣ آنفا فقرة ٥٦٩ فى الهامش .

علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، « لأن الدائن قد يعلم بصدور التصرف ، ولكن لا يعلم بالأسباب التى تستتبع عدم نفاذه فى حقه » (١) . فيجب اذن ، لسريان هذه المدة القصيرة ، أن يعلم الدائن ، لا بصدور التصرف المطعون فيه من مدينه فحسب بل يعلم أيضا باعسار مدينه وبالغش الواقع من هذا المدين ومن خلفه ان كان هناك موجب لذلك ، وفقا للقواعد التى سبق ذكرها (٢) .

وقد لا يعلم الدائن بكل ذلك الا بعد صدور التصرف بمدة طويلة . فاذا زادت هذه المدة على اثنتى عشرة سنة ، ثم تركنا بعد ذلك للدائن ثلاث سنوات لرفع الدعوى ، فان مدة التقادم على هذا الحساب تزيد على خمس عشرة سنة من وقت صدور التصرف . لذلك قضت المادة ٢٤٣ مدنى ، كما رأينا ، أن الدعوى البوليصية « تسقط فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذى صدر فيه التصرف المطعون فيه » . ففى الحالة المتقدمة الذكر ، وهى حالة ما اذا لم يعلم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف الا بعد مدة تزيد على اثنتى عشرة سنة ، تتقادم الدعوى بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور التصرف (٣) .

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٥ — وانظر تاريخ نص المادة ٢٤٣ آنفا فقرة ٥٦٩ فى الهامش .

(٢) ويترتب على ذلك أنه اذا علم الدائنون بسبب عدم نفاذ التصرف فى تواريخ مختلفة ، سرى بالنسبة الى كل منهم تقادم مدته ثلاث سنوات من تاريخ علمه . غير أن الدعوى تتقادم فى كل حال ، بالنسبة اليهم جميعا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور التصرف المطعون فيه (انظر الاستاذ محسن شفيق فى الافلاس فقرة ٦٨) .

(٣) واذا كانت الدعوى البوليصية تسقط بالتقادم المسقط ، فان من تلقى الحق عن المدين لايتصور فيه أن يكسب الحق بالتقادم المكسب . وذلك لأنه مالك بموجب التصرف الصادر من المدين ، وهذا التصرف يبقى قائما فيما بينه وبين المدين بالرغم من نجاح الدعوى البوليصية ، فلا حاجة اذن وقد كسب الحق بهذا التصرف أن يكسبه بالتقادم (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ هامش رقم ٤٥ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٢٧ — فقرة ٧٢٨) .

ويترتب على ذلك أن الدائن يستطيع أن يرفع الدعوى البوليصية على خلف المدين ، ولو بقى هذا واضعا يده على العين مدة التقادم المكسب =

٥٩٧ — تنازع التقنين الجديد مع التقنين السابق فى الزمان : ويخلص مما قدمناه أن الدعوى البوليصية كانت فى التقنين المدنى السابق تسقط بخمس عشرة سنة من وقت صدور التصرف ، تسقط الآن فى التقنين المدنى الجديد بثلاث سنوات من وقت علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف بحيث لا تزيد المدة فى كل حال على خمس عشرة سنة . فتكون مدة التقادم فى التقنين الجديد أقصر منها فى التقنين القديم . وقد نصت المادة الثامنة من التقنين المدنى الجديد فى هذا الصدد على ما يأتى : « ١ — اذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم ، سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ، ولو كانت المدة القديمة بدأت قبل ذلك . ٢ — أما اذا كان الباقى من المدة التى نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التى قررها النص الجديد ، فان التقادم يتم بانقضاء هذا الباقى » .

ويتبين من ذلك أنه اذا كان فى يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ قد وجد ، وفقا للتقنين السابق ، تقادم لم يكتمل بالنسبة الى تصرف يجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصية ، وجب أولا أن تحسب مدة التقادم وفقا للتقنين الجديد . فاذا فرض أن هذا التصرف قد صدر من المدين فى أول أكتوبر سنة ١٩٤٠ ، ولكن الدائن لم يعلم بسبب عدم نفاذه الا فى أول

= مادامت الدعوى البوليصية نفسها لم تسقط بالتقادم (استئناف مختلط ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٩٦ ، الأستاذ عبد السلام ذهنى فى الالتزامات فقرة ٣٦٠) ويمكن أن تتم مدة التقادم المكسب ، اذا كانت خمس سنوات فقط ، قبل ان تتم مدة التقادم المسقط للدعوى البوليصية وهى تزيد فى بعض الأحوال ، تبعا لمبدأ سريانها ، على خمس سنوات (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٠ ص ٨١٤ هامش رقم ٤) .

هذا وقد ورد فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ، فى صدد تقادم الدعوى البوليصية ، ما يأتى : « ويراعى أن للدائنين الاخر ان يتمسكوا بالتقادم الحولى (عدلت المدة الى ثلاث سنوات) قبل الدائن الطاعن » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٤) . والمقصود بالدائنين الآخر دائنو المتصرف اليه ، لأن لهم مصلحة فى هذا التمسك حتى لا ينفذ الدائن الطاعن على العين التى انتقلت الى المتصرف اليه فاصبحت فى ضمانهم العام.

أكتوبر سنة ١٩٥٠ ، فان التقادم يكتمل وفقا للتقنين السابق فى أول أكتوبر سنة ١٩٥٥ ، ويكتمل وفقا للتقنين الجديد فى أول أكتوبر سنة ١٩٥٧ ، فتكون العبرة بالتقادم الذى يتم وفقا للتقنين الجديد لأنه يتم أولا .

أما اذا كان الدائن لم يعلم بسبب عدم نفاذ التصرف الا فى أول أكتوبر سنة ١٩٥٤ ، فان التقادم يكتمل دائما وفقا للتقنين السابق فى أول أكتوبر سنة ١٩٥٥ ، ولكنه يكتمل وفقا للتقنين الجديد فى أول أكتوبر سنة ١٩٥٧ . فتكون العبرة هنا بالتقادم الذى يتم وفقا للتقنين السابق لأنه هو الذى يتم أولا ، وتتقادم الدعوى البوليصية فى هذه الحالة فى أول أكتوبر سنة ١٩٥٥ .

الفرع الثانى

الآثار التى تترتب على الدعوى البوليصية

٥٩٨ — **النصوص القانونية** : تنص المادة ٢٤٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف اضرارا بهم » .

وتنص المادة ٢٤١ على ما يأتى :

« اذا كان من تلقى حقا من المدين المعسر لم يدفع ثمنه ، فانه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل وقام بايداعه خزانة المحكمة (١) » .

---

(١) **تاريخ النصوص** :
م ٢٤٠ : ورد هذا النص فى المادة ٣١٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد . وقد وافقت عليه لجنة =

ولا مقابل لهذه النصـــوص فى التقنين المدنى السـابق ، ولكن أحكامها كان معمولا بها دون نص .

وتقابل النصوص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادتين (٢٤١ — ٢٤٢) وفى التقنين المدنى العـــراقى

= المراجعة تحت رقم ٢٤٧ من المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النـــواب . وفى لجنـــة مجلس الشـــيوخ اعترض على النص بأنه يخـالف حـكم التقنين المدنى السـابق . وكان حـكما افضل اذ بمقتضاه لا يسـتفيد من عـدم نفـاذ التصرف الا الدائن الذى حـكم له . وذلك لتشـجيع الدائنين على مباشرة دعـوى نفـاذ التصرف . أمـا اذا كان الدائنون جميعـا يستفيدون من آثار هـذه الدعوى ، فقلمـا ينشط دائن بالذات لمباشرتها . فرد على هذا الاعتراض بأن الأسـاس القانونى يتفق مع النص المقترح ، لأن الغرض من هذه الدعوى بقاء الأموال المتصرف فيها فى الضمان العام للدائنين ، فلا معنى لأن يختص بفائدتها دائن دون آخر ، لأن فى ذلك اعطاء حق امتياز لأحد الدائنين بغير نص أو حكم ، وعدم مباشرة هذه الدعوى من قبل بعض الدائنين قد يرجـع الى عـدم علمهم بالتصرف أو باعسار المدين ، والدائن مباشر الدعوى سيعوض عن جميع المصروفات التى صرفها فى الدعوى وتكون له الأولوية فى اقتضائها . وفى جلسة أخـرى اقترح بعض حضرات مستشارى محكمة النقض حذف النص لتعارضه مـع قاعدة نسبية الأحكام ، ولانعدام النيابة بين الدائنين ، ولأنه لا محل للقـول بعدم التجزئة لمنافاته لطبيعة الدعوى اذ هى دعوى عدم نفاذ تصرف لا دعوى بطلان واذا كان البطلان لا يتجزأ فعدم النفاذ قد يتجزأ ، ولأن النص يشـترط لافادة الدائنين الآخرين ان يكونوا ممن صدر التصرف اضرارا بهم واثبـات تحقق هذا الشرط مرجعه الى القضاء ومن ثم فان النص لا يغنى أى دائن عن رفع الدعوى ، هذا الى أن القضاء مستقر على ما يخالف حكم النص .. ولكن اللجنة لم تر الأخذ بهذا الاقتراح ، واقرت النص كما هو تحت رقـم المـادة ٢٤٠ . ثم وافق مجلس الشيوخ على النص دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٢٢ — ص ٦٢٤) .

م ٢٤١ : ورد هذا النص فى المادة ٣٢١ من المشروع التمهيدى عـلى الوجه الآتى : « اذا كان من تلقى حقا من المدين المعسر لم يدفع ثمنـه ، فانه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن قريبـا من ثمن المثل ، وقام بايداعه خـزانة المحكمـة ، واعلن كل ذى شـأن بهـذا الايداع » . وفى لجنـة المراجعـة استبدلت عبـارة « متى كان هـذا الثمن هـو ثمن المثل » بعبارة « متى كان هذا الثمن قريبا من ثمن المثل » ، وأصبح رقم المادة ٢٤٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « وأعلن كل ذى شـأن بهذا الايداع » ، لأن ذوى الشأن لا يمكن تحديدهم على سبيل الجزم ، وأصبحت المادة رقمهـا ٢٤١ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمـال التحضيرية ٢ ص ٦٢٥ — ص ٦٢٧) .

٢٦٦ — ٢٧٧ ، وفى التقنين المـدني الليبي المـادتين ٢٤٣ — ٢٤٤ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٧٨ فقرة ٣ ، وفى التقنين المدنى الكويتى المادتين ٣١٤ — ٣١٥ ، وفى التقنين المدنى الأردني المـــادة ٣٧٣ (١) .

٥٩٩ — طبيعة الدعوى البوليصية : ليست الدعوى البوليصـــية الا طريقا يسلكه الدائن لينال من القضاء حكما بأنه من الغير فى تصرف صدر من مدينه المعسر اضرارا بحقوقه . اذ الأصل أن الدائن ينصرف

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المـدنى الســورى م ٢٤١ — ٢٤٢ — (مطابقتان لنصوص التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدى العراقى : م ٢٦٦ (مطابقة لنص المادة ٢٤٠ من التقنين المـدنى المصرى) .

م ٢٦٧ : ١ — اذا وفى المدين بالتزامه ، أو اصبحت أمواله كافيـــة للوفاء بما عليه ، سقط حق الدائن فى التمسك بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين . ٢ — ويستطيع من استفاد من التصرف الصادر اضرارا بالدائنين أن يتخلص من الدعوى اذا هو قام بوفاء حقوقهم ، أو اذا اثبت أن المدين عنده مال يكفى لهذا الوفاء . ٣ — واذا كان من تلقى حقا من المدين المعسر لم يدفع ثمنه ، فانه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن قريبا من ثمن المثل وقام بايداعه صندوق المحكمة . (والفقرتان الأوليان كانتا فى المشروع التمهيدى للتقنين المصرى وحذفتا اكتفاء بتطبيق القواعد العامة كما سيأتى . والفقرة الأخيرة تتفق فى حكمها مع المادة ٢٤١ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المـدنى الليبى م ٢٤٣ — ٢٤٤ (مطابقتان لنصـــوص التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : م ٢٧٨ فقرة ٣ : ولا يستفيد من نتائج هذه الدعوى الا الشخص أو الأشخاص الذين اقاموها ، وذلك على قدر مـــا يجب لصيانة حقوقهم . أما فيما زاد عنها ، فيبقى العقد قائمـــا ، ويستمر على انتاج جميع مفاعيله . (وهذا النص يختلف فى حكمه عن نص التقنين المدنى المصرى فى ان الدعوى البوليصية فى التقنين اللبنانى لا يفيـــد الا الدائن الذى رفعها ، كما كان الأ فى التقنين المدنى المصرى الســــابق وكما هـــو الا الآن فى القانون الفرنسى ، وبخـــلاف التقنين المدنى المصرى الجديد فان الدعوى البولصية فيه تفيـــد جميع الدائنين الذين اســـتوفوا شروطها — انظر الدكتور صبحى المحمصانى فى آثار الالتزام فى القـانون المدنى اللبانانى ص ٦٦ — ٦٧) .

التقنين المدنى الكويتى م ٣١٤ — ٣١٥ (مطابقتان لنصوص التقنـــين المدنى المصرى مع اختلاف طفيف فى الصياغه) .

التقنين المدنى الاردنى م ٣٧٣ (مطابقة لنص المادة ٢٤٠ من التقنين المدنى المصرى ، ولا مقابل لنص المادة ٢٤١ .

اليه أثر العقد الصادر من المدين ، على أن يكون المدين حسن النيـــة فى هذا التصرف ، فان كان سيءالنية فان أثر العقـــد لا ينصرف الى الدائن • ومن ثم تكون الدعوى البوليصية هى دعوى بعدم نفاذ تصرف المدين المعسر فى حق الدائن • وفى هذا تتركز آثار الدعوى البوليصـية ، بل ليس هذا الا النتيجة الطبيعية لما قدمناه من شروط هذه الدعـوى ، فقد رأينا أن هذه الشروط ترد الى فكرة أساسية ، هى غش المـدين بقصد الاضرار بالدائن ، فأخذا للمدين بغشـه ، ودرءا لهذا الضرر ، واستخلاصا للجزاء من طبيعة العمل ، جعل القانون تصرف المدين غـير نافذ فى حق المدين وبذلك يرتد الغش ويندفع الضرر •

ومما يترتب من النتائج على أن الدعوى البوليصية هى دعـــوى بعدم نفاذ التصرف ما يأتى :

(أولا) ليست الدعوى البوليصـية بدعوى بطلان ولا بدعـوى تعويض • والفقه الفرنسى زاخر بالمناقشات المحتدمة فى هذا الصدد ، وقد انقسم بين رأيين :

رأى يذهب الى أن الدعوى البوليصـية هى دعـوى بطـلان • ويستند هذا الرأى الى أن كلمة « البطلان » وردت فى نصوص التقنين المدنى الفرنسى فى صدد تطبيقات للدعوى البوليصية (١) ، والى تقاليد القانون الرومانى ، والى تقاليد القانون الفرنسى القديم (٢) • وسنرى أن الدائن لا يبطل التصرف الصادر من مدينـه ، بل أن هـذا التصرف يبقى قائما ، وكل ما يطلبه الدائن هو ألا يسرى فى حقـه أثر هـذا التصرف • وليس من الدقة أن يقال أن شخصا يعتبر من الغير فى عقـد

---

(١) انظر المواد ٢٤٣ و ٦٢٢ و ٧٨٨ من التقنين المـدنى الفـرنسى • وانظر ايضا فى التقنين المدنى المصرى السابق المادتين ٥٣/٧٦ و ١٤٣/٢٠٤ ، وفى التقنين التجارى المصرى المادتين ٢٢٨ — ٢٢٩ •

(٢) ديرانتون ١٠ فقرة ٥٨٥ — لوران ١٦ فقرة ٤٨٣ — فقرة ٤٨٥ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٠٦ — جوسران ٢ فقرة ٧٠٤ •

ثم يطلب ابطاله . لأن البطلان لا يكون الا فيما بين المتعاقدين . أما الغير فليس له أن يطلب الا عدم نفاذ العقد فى حقه .

ورأى آخر يذهب الى أن الدعوى البوليصية هى دعوى تعويض (١) . ولو صح أن تصرف المدين كان ينفذ فى حق الدائن ، فيضره فيعطى تعويضا عن هذا الضرر ، لصح أن تكون الدعوى البوليصية للتعويض . ولكن الواقع غير ذلك ، فان تصرف المدين لا ينفذ فى حق الدائن ، فهو ليس فى حاجة الى تعويض اذ لم يلحقه ضرر بعد أن منع وقوعه (٢) . واذا صح أن يكون هذا تعويضا ، فهو تعويض عينى (٣) . بل هو تنفيذ عينى لالتزام المدين ألا يضر بحقوق الدائن (٤) .

سبق أن قررنا كل ذلك فى كتابنا « نظرية العقد » (٥) ، ونبهنا الى

---

(١) ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٤٥ — فقرة ٢٤٧ — اوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ١٩٥ — أشير Acher فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٠٦ ص ٨٥ — ص ١١٨ — ديموج ٧ فقرة ١١١٢ .

(٢) وقد قدمنا أن الدائن لا يستطيع رفع الدعوى البوليصية ضد خلف الخلف الذى تلقى الحق بعوض وكان حسن النية ، فتقتصر دعواه على المدين والخلف ، وينفذ بحقه على المقابل الذى حصل عليه هذا الأخير . وهنا تقرب الدعوى البوليصية الى أن تكون دعوى تعويض ولكنها ليست كذلك ، لأن المقابل الذى ينفذ عليه الدائن بحقه قد حل محل الحق الذى كان ضمانا للدائن (تارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٧) .

(٣) الأستاذ عبدالحى حجازى ٣ ص ٢٠٢ — ص ٢٠٣ .

(٤) ومن الفقهاء من يسند الدعوى البوليصية الى نظرية التعسف فى استعمال الحق ، فالمدين يسىء استعمال حق التصرف فى ماله اذا صدر منه التصرف بقصد الاضرار بدائنه (جروبييه فقرة ٢ — جوسران ٢ فقرة ٦٨٧ — نفس المؤلف فى روح الحقوق وتسبتها ص ٤١٠) . ومنهم من يسندها الى اعتبارات ترجع الى النزاهة والعدالة (ريبير فى القاعدة الخلقية فقرة ١٦٩) . ومنهم من يذهب الى انها دعوى من نوع خاص ، أقرتها التقاليد واعطتها مميزاتها الخاصة (كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٥٠) . ويقيمها دى باج على أساس أنها تعويض عينى عن عمل غير مشروع (دى باج فقرة ٢٥٢) . وكل هذه الآراء لا اعتراض عليها ، ولكنها لا تصل فى التحليل الى غايته .

(٥) فقرة ٧٣٧ — فقرة ٧٣٩ .

التكييف الصحيح للدعوى البوليصية (١) ، وقد أصبح الفقه المصرى بعد ذلك لا يختلف فى هذا الأمر (٢) .

واذا نفينا عن الدعوى البوليصية أنها دعوى بطلان . فقد نفينا عنها ما يذهب اليه رأى من أنها دعوى عينية (٣) ، أو رأى آخر من أنها دعوى مختلطة (٤) ، وذلك من أجل تعيين المحكمة المختصة بنظرها . فان القول بأحد هذين الرأيين انما كان مبنيا على أساس أنها دعوى بطلان ، وأن دعاوى البطلان هى دعاوى عينية لأنها ترجع العين الى ملك المدين ، أو هى دعاوى مختلطة لأنها تبدأ شخصية ثم تنقلب عينية . والآن بعد أن تبينا أن الدعوى البوليصية ليست بدعوى بطلان ، لم يعد هناك محل للقول بأنها عينيه أو مختلطة . وانما هى دعوى شخصية (٥) ، ولكن ليس ذلك لأنها دعوى تعويض فقد نفينا عنها هذا

---

(١) ويرى الاساتذة بلانيول وريبير وردوان ان الدعوى البوليصية اقرب الى أن تكون دعوى بطلان ، ولكنها دعوى بطلان من نوع خاص يميزه عن البطلان المعتاد فروق عدة ، أهمها أن هذا البطلان لا يكون الا فى حق الدائنين (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٧) ، ويؤخذ على هذا الرأى أن البطلان الذى لا يكون الا فى حق الغير انما هو عدم نفاذ لا بطلان . على أنهم يرون أن الدعوى تنطوى ايضا على معنى التعويض ، ولكنه تعويض من نوع خاص كذلك ، ويستخلصون من هذا أن الدعوى البوليصية هى دعوى بطلان بغرض التعويض (action en nullité a but indemnitaire) (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٧ ص ٣٠٠ — ص ٣٠١ — أنظر ايضا جوسران ٢ فقرة ٧٠٤) . ويصرح الاستاذان بيدان ولاجارد أن التصرف المطعون فيه يكون غير نافذ (inpposable) فى حق المدين (بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٥٦) . وكذلك الاساتذة بلانيول وريبير وبولانجيه (٢ فقرة ١٤٤٨) .

(٢) الأستاذ احمد أبو ستيت فقرة ٦٤٥ — الأستاذ اسماعيل غانم فى احكام الالتزام ص ١٨٩ — الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢١٠ — ص ٢١١ .

(٣) محكمة امبان الاستئنافية ١٦ مارس سنة ١٨٣٩ سيريه ٤٠ — ٢ — ١٠ .

(٤) نقض فرنسى ٢٧ ديسمبر سنة ١١٤٣ سيريه ٤٤ — ١ — ١٢٢ — لارومبيير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٤٥ .

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأن الدعوى البوليصية هى دعوى شخصية يرفعها دائن لابطال (!) تصرف مدينه الحاصل بطريق التواطؤ =

الوصف ، بل لأن الدائن عندما يطلب عدم نفاذ تصرف المدين فى حقه يبنى هذا الطلب على التزام المدين بألا يتصرف فى ماله اضرارا بدائنيه ، وهذا التزام شخصى مصدره القانون • يضاف الى هذا أن الدائن فى الدعوى البوليصية لا يطالب بحق عينى ، بل ولا تؤول دعواه الى انتقال حق عينى له أو لمدينة (١) ، وكل ما يطلبه هو عدم نفاذ تصرف المدين فى حقه • ولا يترتب على اجابة طلبة أن العين التى تصرف فيها المدين ترجع الى ملكية هذا ، فان تصرف المدين يبقى قائما • كما أن العين لا تؤول الى ملكية الدائن ، بل ترجع الى ضمانه العام ، وعليه أن يقوم باجراءات تنفيذية متميزة عن اجراءات الدعوى البوليصية لينفذ بها على العين التى رجعت الى ضمانه •

(ثانيا) ولما كانت الدعوى البوليصية هى دعوى يطلب فيها الدائن عدم نفاذ التصرف الصادر من المدين ، فمن الطبيعى أن يكون الدائن فى هذه الدعوى هو كل شخص اشترك فى هذا التصرف • فيرفع الدائن الدعوى على المدين ومن تصرف له المدين ، واذا كان المتصرف له قد تصرف بدوره الى خلف ثان وجب ادخال هذا أيضا فى الدعوى ، وهكذا (٢) • فالمدين اذن لابد أن يكون خصما فى الدعوى ، وهذا هو

= للاضرار به وحرمانه من امكان التنفيذ على الملك المتصرف فيه ، والذى كان يعتمد عليه الدائن لضمان استداده بحقوقه . وليس من نتائج هذه الدعوى تثبيت ملكية المدعى لما يطلب ابطال التصرف فيه (نقض مدنى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٨ ص ٩٧٥) . وقضت ؤيضا بأن الدعوى البوليصية ليست فى حقيقتها الا دعوى بعدم نفاذ تصرف المدين الضار بدائنه فى حق هذا الدائن وبالقدر الذى يكفى للوفاء بدينه (نقض مدنى ٥ ابريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٢ ص ٦٧٤) .

(١) بودرى وبارد ١ فقرة ٧٠٧ ص ٧٣٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٦ وفقرة ٩٦٨ — ولا يجوز الجمع بين طلب فسخ البيع وتثبيت الملكية وطلب عدم نفاذ التصرف (نقض مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٦ ص ٢٠٦) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجب رفع الدعوى البوليصية فى جميع الأحوال على المدين والخلف وخلف الخلف (٩ ابريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٤ — والتون ٢ ص ١٢٠ دى باج ٣ فقرة =

أيضا ما قررناه فى الدعوى غير المباشرة وفقا لاحكام التقنين المدنى الجديد وخلافا لأحكام التقنين المدنى السابق (١) ، وقد مر القول فى ذلك •

(ثالثا) وما دام الدائن لايطلب الا عدم نفاذ التصرف فى حقه ، فانه يترتب على ذلك أن تصرف المدين لا يبطل ، بل يبقى قائما بالنسبة الى المدين ومن تصرف له المدين • بل ان الدائن نفسه يبقى متحملا أثر تصرف مدينه الى أن يتقرر اعتباره من الغير ، بالتقاضى أو بالتراضى •

ويستطيع الدائن الا يرفع الدعوى البوليصية الى أن تسقط هذه الدعوى بالتقادم ، فيتحمل نهائيا أثر التصرف • بل يستطيع قبل سقوط الدعوى بالتقادم أن يتنازل عنها ، فلا يجوز له عندئذ أن يعود الى رفعها (٢) • كما يستطيع ، دون أن يرفع الدعوى ، أن يتراضى مع المدين ومن تصرف له المدين على ألا يكون التصرف نافذا فى حقه •

ويخلص من ذلك أن أثر الدعوى البوليصية بالنسبة الى الدائن يختلف عن أثرها بالنسبة الى المدين ومن تصرف له المدين • وهذا ما ننتقل الآن الى بحثه •

= ٢٤١ — ولخلف الخلف فى التمسك بطلب تجريد المدين من امواله (بنى سويف الكلية ٢٩ سبتمبر سنة ١٩١٩ المجموعة ارسمية ٢١ رقم ٨٥) •

(١) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤١ •

(٢) والتنازل قد يكون صراحة أو ضمنا ، ولكن نية الدائن فى التنازل يجب أن تكون واضحة ، فمجرد توقيعه حجزا على الثمن المستحق فى ذمة المشترى للبائع مدينه لا يعتبر تنازلا عن الطعن بالدعوى البوليصية فى البيع (ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٣٨ — لوران ١٦ فقرة ٤٦٣ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٢٥) •

المبحث الاول

أثر الدعوى البوليصية بالنسبة الى الدائن

٦٠٠ — عدم مضى الدائن فى الدعوى اذا استوفى حقه : لا يرفع الدائن الدعوى البوليصية الا بصفته دائنا . فاذا توافرت فيه هذه الصفة وقت رفع الدعوى ، ثم فقدها أثناء ذلك أو بعد صدور الحكم ، بأن استوفى حقه مثلا ، فانه لايستطيع الاستمرار فى الدعوى أو فى التنفيذ . هذا الى أنه لم تعد له مصلحة فى ذلك بعد أن استوفى حقه .

وقد يقوم المدين نفسه بوفاء الدين ، فينهى بذلك الدعوى أو يوقف التنفيذ . ومصلحته فى هذا العمل أنه يفى بدين فى ذمته ، ويتوقى رجوع من تصرف له لو استمر الدائن فى الدعوى أو فى التنفيذ .

ولكن الغالب أن المدين لايستطيع وفاء الدائن لاعساره . فيصح أن يقوم بالوفاء من تصرف له المدين . ومصلحته فى هذا العمل هى أن يوقف الدعوى أو تنفيذ الحكم على الحق الذى تلقاه (١) . ثم يرجع

---

(١) استئناف اهلى ٢٣ يناير سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ٩٠ — ٢٧ يناير سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ٤٤ — لوران ١٦ فقرة ٤٩١ — اوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ١٩٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٣ .

وقد ذهب بعض الفقهاء فى فرنسا (فيجيه (Vigié)) ٢ فقرة ١٢٥٦ ص ٥٦٠) الى أن الدعوى البوليصية لا توقف بالوفاء للدائن ، لأنها دعوى بطلان ومتى توافر سبب البطلان وجب المضى فى الدعوى والحكم به . وقد سبق ان بينا خطأ القول بأن الدعوى البوليصية هى دعوى بطلان . على أنه حتى اذا فرضت صحة هذا التكييف ، فان هذا لايمنع من أن الدائن بعد أن يستوفى حقه يفقد الصفة اللازمة فى طلب الابطال ، ولاتبقى له مصلحة فى ذلك ، والدعوى لاتقوم بغير الصفة وبغير المصلحة (لوران ١٦ فقرة ٤٩١ ص ٤٧٠ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٢٤) . ويقيس الاستاذان بودرى وبارد هذه الحالة على الغبن فى القسمة اذ تسقط الدعوى برد الغبن نقدا أو عينا الى المتقاسم المغبون كما تقضى بذلك المادة ٨٩١ مدنى فرنسى ، وعلى حالة الغبن فى البيع اذ تسقط الدعوى كذلك بتكملة الثمن الى تسعة =

بما وفاه على المدين ، شأن كل شخص وفى دين غيره (١) .

بل ان من تلقى الحق بعوض من المدين ، كالمشترى مثلا ، ينفتح أمامه سبيل آخر للتخلص من الدعوى البوليصية اذا كان الثمن الذى اشترى به هو ثمن المثل ، وذلك بألا يدفع الثمن الى المدين ويقوم بايداعه خزانة المحكمة على ذمة الدائن (أنظر المادة ٢٤١ مدنى وقد تقدم ذكرها) . ويستطيع من تلقى الحق التخلص من الدعوى البوليصية حتى لو اشترى بأقل من ثمن المثل ، مادام يودع خزانة المحكمة ثمن المثل ، فان الدائن متى خلص له مقابل معادل للحق الذى خرج من

= اعشار القيمة الحقيقية كما تقضى بذلك المادة ١٦٨١ مدنى فرنسى . وقد اقتضى الامر نصا خاصا فى هاتين الحالتين حتى يجوز رد الغبن نقدا لا عينا فى الحالة الاولى ، وحتى تقتصر تكملة الثمن على تسعة اعشار القيمة فى الحالة الثانية — كذلك من يقول بأن الدعوى البوليصية هى دعوى تعويض يقر سقوطها اذا استوفى الدائن حقه ، فقد اصبح لا محل للتعويض بعد ذلك .

(١) ولما كان المفروض ان المدين معسر ، فان من وفى الدين عنه لايستطيع الرجوع عليه بكل ماوفاه ، فينتظر يساره حتى يرجع بالباقى (بودرى وبارد ١ فقرة ٧٢٤ مكررة) ، وقد يحتجز من الثمن الثابت فى ذمته للمدين مايوفى به الدين .

هذا وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصا — هو المادة ٣٢٠ من هذا المشروع — يجرى على الوجه الاتى : « ١ — اذا وفى المدين بالتزامه ، او اصبحت أمواله كافية للوفاء بما عليه ، سقط حق الدائن فى التمسك بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين . ٢ — ويستطيع من استفاد من التصرف الصادر اضرارا بالدائنين ان يتخلص من الدعوى اذا هو قام بوفاء حقوقهم او اذا هو اثبت ان المدين عنده مال يكفى لهذا الوفاء » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (انظر آنفا فقرة ٥٨٩ فى الهامش — مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٢١ فى الهامش) . والنص يتضمن مسألتين : ١ — ماقدمناه من جواز وفاء المدين او خلفه بالدين للدائن فتسقط الدعوى البوليصية . ٢ — حق خلف المدين فى طلب تجريد المدين ، وقد تقدم تفصيل ذلك . الا اننا ذكرنا هناك (انظر آنفا فقرة ٥٨٩ فى الهامش) ان الخلف لايطلب منه ان يدل الدائن على مال للمدين يكفى الدين ، ولو بقى النص المحذوف لوجب عليه ان يدل على ذلك . انظر ايضا المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٣ — ص ٦٣٤ .

ضمانه لم تعد له مصلحة فى الاستمرار فى الدعوى • ويكفى فى جميع الاحوال أن يعلن من تلقى الحق الدائن بالايداع ، وليس من الضرورى أن يعلن سائر الدائنين ، فقد لا يستطيع أن يعرفهم جميعا (١) • ولكن ذلك لايمنع سائر الدائنين ، اذا هم علموا بايداع الثمن خزانة المحكمة أن يبادروا الى التنفيذ على الثمن بحقوقهم ، وهم يشاركون فى ذلك الدائن الذى رفع الدعوى البوليصية مشاركة الغرماء كما سنرى (٢) •

١٠٦ — عدم نفاذ تصرف المدين فى حق الدائن : فاذا لم يستوف الدائن حقه ، استمر فى الدعوى حتى يحصل على حكم يقضى بعدم نفاذ تصرف المدين بالنسبة اليه ، فلا يسرى فى حقه أثر هذا التصرف ، اذ يعتبر فيه من الغير • ويترتب على ذلك أن الحق الذى تصرف فيه المدين يعتبر أنه لم يخرج من ضمان الدائن ، فينفذ هذا عليه (٣) ،

(١) أنظر تاريخ المادة ٢٤١ آنفا فقرة ٥٩٨ فى الهامش •

(٢) واذا كان محل التصرف مبلغا من النقود مسلم الى المتصرف اليه ، أو دينا أبرىء منه ، فلا مناص من أن يخضع دائنو المتصرف ، فى تنفيذهم على أموال المتصرف اليه للحصول على المبلغ المستحق عليه ، لقسمة الغرماء بالاشتراك مع دائنى المتصرف اليه ، اذ أن دائنى المتصرف فى هذه الحالة لا يطالبون بشىء معين بالذات ، وانما هم ينفذون بالمبلغ المستحق على كافة أموال المتصرف اليه وهى ضمان دائنيه ، الاستاذ اسماعيل غانم • المرجع السابق ص ١٨٦ •

(٣) فاذا كان التصرف المطعون فيه هو ترتيب حق عينى على مال المدين — كحق ارتفاق أو انتفاع أو رهن — سقط هذا الحق بالنسبة الى الدائن ، ونفذ هذا على المال كان لم يترتب عليه حق مما ذكر • واذا كان التصرف اسقاط حق عينى — كالتنازل عن حق ارتفاق — رجع هذا الحق بالنسبة الى الدائن ، ونفذ هذا على العين كما لو كان حق الارتفاق ثابتا لها • واذا كان التصرف ابراء المدين لذمة مدين له ، لم ينفذ هذا الابراء فى حق الدائن ، واعتبر الدين لايزال موجودا فى ذمة مدين المدين ، وللدائن أن يحجز عليه حجز ما للمدين لدى الغير (بودرى وبارد ١ فقرة ٧٠٩ ص ٧٣٢ — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٦١) •

على أنه يلاحظ أن من تصرف له المدين قد يكون دفع الى المدين عوضا عن هذا التصرف ، كما اذا كان التصرف بيعا ، فاذا كان المشترى حسن النية فلا تنزع العين من تحت يده كما قدمنا • أما اذا كان سيىء النية ، =

ويتخذ فى ذلك اجراءات تنفيذ متميزة عن اجراءات الدعوى البوليصية وان كانت تقترن بها (١) ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك . ومن هـــذا

= فللدائن أن ينتزع العين من تحت يد المشترى لينفذ عليها بحقه . ولكن اذا كان للدائن أن يمنع عن نفسه الضرر الذى يصيبه من جراء تصرف المدين، فانه لايجوز له ان يستفيد من هذا التصرف . فالثمن الذى قد يبقى دينا فى ذمة المشترى ، أو الذى قد يكون المشترى دفعه وسدد به المدين ديونه ، قـد استفاد منه الدائن ، اما على اعتبار انه زاد فى حقوق مدينه اذا بقى دينـا فى ذمة المشترى فيستطيع أن ينفذ عليه ، واما على اعتبار أن بعض ديون مدينه قد وفيت فقل اعسار المدين بذلك . فيجب اذن أن تكون هذه الفائدة محل اعتبار ، وللمشترى أن يتمسك بها قبل الدائن ، ولايجعله ينفذ على العين المبيعة الا بقدر زيادة قيمة هذه العين على الفائدة التى عادت عـلى الدائن (ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٦ وفقرة ١٤٦ مكررة — بودرى وبـارد ١ فقرة ٧٢٠ وما بعدها — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٢ ص ٢٦٦) . فاذا لم تعد على الدائن فائدة أصلا ، بأن كان الثمن الذى قبضه المـــدين مالا غير ظاهر لا يستطيع الدائن التنفيذ عليه كما هو الغالب فى الدعـوى البوليصية ، كان للدائن أن ينفذ بحقه على العين بكل قيمتها — ويلاحظ أن عدم نفاذ التصرف بالنسبة الى الدائن انما يكون بالقدر اللازم للوفاء بحقه . فاذا كان التصرف هبة نقود او قرضا مثلا ، فان الذى لاينفذ من هذه الهبة او القرض بالنسبة الى الدائن هو الجزء الكافى للوفاء بحقه ، أما ما عسى ان يبقى بعد ذلك فينفذ حتى فى حق الدائن (استئناف اهلى ٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ١/٣٢٧ ص ١٨٣ — لوران ١٦ فقرة ٤٩٤ — جروبييه فقرة ٢٢٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٦ ص ٨١٨) .

وقد قضت محكمة النقض بانه متى تحققت الشرائط المقررة لبطـلان التصرف تاسيسا على المادة ١٤٣ من القانون المدنى القديم فان مؤدى ذلك ان تعود ملكية العين المتصرف فيها الى البائع ويكون من حق المشترى الذى لم يسجل عقده بوصفه دائنا بالثمن التنفيذ عليها جبرا استيفاء لدينه وليس من شأن هذا التنفيذ ان يعود هذا المشترى الى بعث عقده الابتدائى ومطالبته الحكم بصحته ونفاذه لان الملكية تكون قد انتقلت بالتسجيل الى المشـترى الذى سجل عقده محملة بحق المشترى الذى لم يسجل بوصفه دائنا للبائع وليس للدائن فى مقام التنفيذ بدينه ان يطالب بملكية العقار الذى يجرى عليه التنفيذ (نقض مدنى فى ٢ يونية ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ رقم ١٥٨ ص ١١٨٥) .

(١) قد يلاحظ أن هناك شبها بين الدائن الذى يرفع الدعوى البوليصية فيسترد عينا تصرف فيها مدينه ، وبين دائن أخذ رهنا — أو كان له حـق اختصاص أو امتياز — على هذه العين ثم باعها المدين . فان الدائن الذى =

ترى أن دخول الحق فى ضمان الدائن يكون بأثر رجعى ، اذ يعتبر أنه

= رفع الدعوى البوليصية كالدائن المرتهن ، يستوفى حقه من العين المبيعة ويتحمل المشترى للعين اجراءات الدعوى البوليصية كما يتحمل اجراءات دعوى الرهن ، واذا وفى للدائن حقه سقط كل من الدعويين ويرجع فى الحالتين على المدين بما وفاه من دينه ، واذا استمر الدائن فى دعواه — الدعوى البوليصية او دعوى الرهن — ونفذ بحقه على العين فان المشترى يرجع على المدين بالضمان فى الحالتين . ويزيد هذا الشبه اذا رجعنا الى عهد التقنين المدنى السابق ، اذ كان الدائن الذى يرفع الدعوى البوليصية ، يستأثر بالفائدة وحده ويتقدم كالدائن المرتهن على سائر الدائنين .

وبالرغم من وجوه الشبه هذه فان هناك فروقا جوهرية بين الدائن المرتهن والدائن الذى يرفع الدعوى البوليصية ، نذكر منها ما يأتى :

(أولا) اذا رفع الدائن المرتهن دعوى الرهن على خلف المدين ، فهو فى الواقع انما يتتبع العين فى يد هذا الخلف الذى يعتبر مالكا للعين حتى فى يد الخلف ، اذ ليس له حق عينى يخول له ذلك ، فهو مضطر أولا ، قبل التنفيذ على العين ، الى يطلب عدم نفاذ تصرف المدين فى حقه ، فتعود العين الى ضمانه ، وبعد ذلك يستطيع التنفيذ عليها . فالعين بالنسبة اليه تعتبر مملوكة للمدين . وقد رأينا أنها بالنسبة الى الدائن المرتهن تعتبر مملوكة لخلف المدين .

(ثانيا) وينبنى على الفرق المتقدم انه فى حالة الدائن المرتهن يجوز لخلف المدين أن يلجأ الى تطهير العين ، فان العقار المرهون ملكه وله أن يطهره . أما فى الدعوى البوليصية ، فان خلف المدين لا يستطيع التطهير ، لأن العقار غير مرهون وهو معتبر فى ملك المدين بالنسبة الى الدائن ، وليس أمام الخلف الا أن يوفى الدائن حقه أو يودع الثمن خزانة المحكمة كما قدمنا.

(ثالثا) فى حالة الدائن المرتهن ، اذا وفى الخلف الدائن حقه ، استطاع أن يرجع على المدين بدعوى الحلول . اما فى الدعوى البوليصية ، فالخلف لايرجع على المدين بعد أن وفى دينه ، الا بدعوى الاثراء بلا سبب او بدعوى ضمان العقد الذى تم بينه وبين المدين .

(رابعا) ان الدائن الذى يرفع الدعوى البوليصية لا يستوفى حقه من العين التى تصرف فيها المدين اذا كان هذا التصرف معاوضة ولم يثبت الدائن غش كل من المدين وخلفه ، بل وخلف الخلف فى المعاوضات كذلك . أما الدائن المرتهن فانه يتتبع العين وينفذ عليها بحقه فى يد خلف المدين وخلف الخلف ، ولو كان هؤلاء جميعا حسنى النية وكان التصرف معاوضة.

(خامسا) أن الدائن الذى يرفع الدعوى البوليصية فى عهد التقنين المدنى الجديد لا يستأثر وحده بفائدة الدعوى ، بل يشاركه فى هذه الفائدة = بالنسبة الى الدائن المرتهن . أما الدائن فى الدعوى البوليصية فلا يتتبع العين

لم يخرج من هذا الضمان كما قدمنا (١) .

على أن الدائن قد يضطر الى التنفيذ على الحق منقوصا ، كما

= سائر الدائنين ، اما الدائن المرتهن فله حق التقدم . وحتى في عهد التقنين المدنى السابق — حيث كان الدائن الذى يرفع الدعوى البوليصية يستأثر وحده بفائدة الدعوى — لم يكن هذا الدائن يستطيع أن يمنع الدائنين الآخرين من التدخل في الدعوى ، فيشاركوه فى فائدتها . أما الدائن المرتهن فانه يبقى متمتعا بميزة التقدم مهما بدا من نشاط الدائنين الآخرين ، هذا الى انه لو تزاحم الدائن المرتهن مع الدائن الذى رفع الدعوى البوليصية فان الاول هو الذى يتقدم .

(انظر فى ذلك نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٨) .

(١) ذلك أن التصرف الذى صدر من المدين ينعدم اثره ، ويعتبر كأنه لم يكن بالنسبة الى الدائن وكان يترتب على ذلك أن جميع التصرفات التى انبنت على تصرف المدين تزول ايضا بفضل الاثر الرجعى . ولكن قواعد الدعوى البوليصية تقضى كما رأينا بوجوب اثبات الغش فى جانب من تلقى العين معاوضة من خلف المدين حتى يزول التصرف الثانى الذى انبنى على التصرف الأول . ويترتب على ذلك أن الدائن ينفذ بحقه على العين مرهونة أو مثقلة بحق ارتفاق أو حق انتفاع ، اذا لم يستطع اثبات الغش فى جانب الدائن المرتهن أو صاحب حق الارتفاق او حق الانتفاع وكان هؤلاء قد كسبوا حقوقهم معاوضة من المشترى من المدين .

وقد رأينا أن الاثر الرجعى للدعوى البوليصية يظهر اثره فيما لو باع المدين عقارا للمشتر وقصدا الاضرار بالدائن ، ثم أخذ الشفيع حسن النية هذا العقار بالشفعة ، فان العقار يعتبر كأنه لم يخرج من ملكية المدين بالنسبة الى الدائن ، ويسقط أثر الاخذ بالشفعة تطبيقا لهذا الاثر الرجعى ، لان الشفيع لايعتبر مشتريا من المشترى حتى يشترط فيه سوء النية ، بل هو يحل محل المشترى بحالته ، فاذا كان المشترى قد اشترى فى ظروف من شأنها أن تجعله خاضعا للدعوى البوليصية ، وجب اعتبار الشفيع فى نفس الحالة ولو لم يثبت الغش فى جانبه (انظر آنفا فقرة ٥٩٣ فى الهامش — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٦ ص ٨١٩ هامش رقم ١) .

ومقتضى عدم نفاذ التصرف فى حق الدائنين أن تمتنع عليهم الاستفادة من ذلك التصرف فاذا كان التصرف شراء وحكم بعدم نفاذه فى حق الدائنين فلا يجوز لهم التنفيذ على العين المشتراه ، واذا كان التصرف بيعا ولم يدفع المشترى الثمن بعد فلا يجوز للدائنين مطالبته به . واذا كان قد دفعه واستفاد منه الدائنون بان أوفى المدين به بعض ما عليه من ديون ، وجب عند التنفيذ على العين المبيعة بوصفها لا زالت فى ملك البائع ، أن يقتطع من الثمن الذى يرسو به المزاد مبلغ يعادل ما استفاده الدائنون ، ويكون هذا المبلغ من حق المشترى لا يجوز للدائنين استيفاء حقوقهم منه : الاستاذ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ١٨٧ .

اذا كانت العين تحت يد موهوب له حسن النية ، فيملك هذا الثمرات بالقبض طبقا للقواعد العامة (١) . وقد يضطر الى التنفيذ على حق آخر حل محل الحق الذى تصرف فيه المدين ، كما اذا كانت العين تحت يد مشتر ثان حسن النية ، فان الدائن فى هذه الحالة لا ينفذ الا على الثمن المستحق فى ذمة المشترى التالى للمشترى الاول . وهذا اذا كان الثمن مساويا لقيمة العين أو أكبر من قيمتها ، أما اذا كان أقل فان الدائن يرجع بقيمة العين على المشترى الاول سىء النية (٢) . واذا فرضنا موهوبا له حسن النية بدلا من المشترى الاول ، وقد باع العين الموهوبة لمشتر حسن النية ، فان الدائن لايرجع على الموهوب له حسن النية الا بقدر ما استفاد ، فان كان قد باع العين بأقل من قيمتها رجع عليه الدائن بالثمن دون القيمة (٣) .

٦٠٢ — **استفادة جميع الدائنين الذين صدر التصرف أضرارا بهم :** القاعدة فى القانون الفرنسى — وكانت القاعدة كذلك أيضا فى التقنين المدنى المصرى السابق — ان الدائن الذى يرفع الدعوى البوليصية هو الذى يستأثر وحده بفائدتها دون سائر الدائنين ممن لم يدخلوا معه فى الدعوى (٤) . ويعلل الفقهاء فى فرنسا ذلك عادة بنسبية

---

(١) ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٨ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ٢١٢ — ٢١٣ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧١٩ ص ٧٤٢ — ص ٧٤٣ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٥٩٣ .

(٣) انظر آنفا فقرة ٥٩٣ فى الهامش — استئناف مختلط ٩ ابريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٤ وقد سبقت الاشارة اليه فى هامش فقرة ٥٩٣ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٥ — بودرى وباورد ١ فقرة ٧١٩ ص ٧٤٢ .

(٤) استئناف أهلى ٢٣ يناير سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ٤٤ — ٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ١/٣٢٧ ص ١٨٣ — ١٥ مارس سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٢ ص ٧٨ — استئناف مصر ٢٧ يونيه سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٤١٦ ص ٩٠٤ — ٢٧ ابريل سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٧ ص ٢٢٩ — استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٢٢ — نقض فرنسى ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٣ سيريه ١٩٢٣ — ١ — ٢٥٤ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٦٦ — هيك ٧ فقرة ٢٢٦ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧١٥ — جوسران ٢ فقرة ٧٠٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٦ ص ٨٢٠ — ٨٢١ .

الحكم ، فما دام الدائنون الآخرون لم يدخلوا فى الدعوى فلا يستفيدون من الحكم (١) • ولكن يرد على ذلك بأن نسبية الحكم لم تمنع الدائنين الذين لم يدخلوا فى الدعوى غير المباشرة من الاستفادة بالحكم الـذى يصدر فيها• ويضيف بعض الفقهاء الى نسـبية الحكم أن الـدائن فى الدعوى البوليصية يرفع الدعوى باسمه ، بينما هو يرفعها فى الدعوى غير المباشرة باسم مدينه ، ومن ثم يستفيد هو وحــــده فى الاولى ، ويستفيد معه سائر الدائنين فى الثانية (٢) • ولكن يرد عـــلى ذلك أن الدائن فى دعوى الصورية يرفع الدعوى باسمه ، ومع ذلك يستفيد من الحكم سائر الدائنين ولو لم يدخلوا فى الدعوى • ويقول الاستاذان بودرى وبارد (٣) ان الدائن فى الدعوى البوليصية لا يمثل الا نفسه ، بدليل أنه لو استوفى حقه سقطت الدعوى • ولكن هذه علة غير مقنعة ، فان الدائن فى الدعوى غير المباشرة لايستطيع هو أيضا المضى فى الدعوى اذا استوفى حقه •

ولذلك ذهب رأى الى أن كل الدائنين يستفيدون من الدعـــوى البوليصية حتى من لم يشترك منهم فيها ، وحتى من كان حقه لاحقا التصرف المطعون فيه (٤) • وهنـــاك رأى أكثر اعتـــدالا يذهب الى أن الدائنين يستفيدون من الدعوى البوليصية حتى لو لم يشتركوا فيها ، بشرط أن يكون حقهم سابقا على التصرف المطعـــون فيه حتى يكـــونوا مستوفين لشروط الدعوى (٥) •

---

(١) بودرى وبارد ١ فقرة ٧١٥ ـ بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٩٧ ص ٤٧٩ ـ دى باج ٣ فقرة ٢٤٥ (فى القانون البلجيكى) •

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٥ •

(٣) جزء أول فقرة ٧١٨ ص ٧٤ •

(٤) ديرانتون ١٠ فقرة ٥٩٤ ـ لوران ١٦ فقـــرة ٤٨٨ ـ فقرة ٤٩٠ ـ ماركاديه ٤ فقرة ٥٠١ ـ كوليه دى سانتير ٥ فقرة ٨٢ مكررة ١٤ ـ دى هلتس ١ فى الدعوى البوليصية فقرة ٥٩ ـ استئناف مختلط ٩ ابريل سـنة ١٩٢٧م ٣٩ ص ٣٨٠ •

(٥) لارومبير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٦٢ • وقد قضت محكمة النقض بانه =

وبهذا الرأى الاخير أخذ التقنين المدنى المصرى ، اذ نصت المادة ٢٤٠ من هذا التقنين ، كما رأينا ، على أنه « متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف اضرارا بهم » . فاذا ما رفع دائن مستوف لشروط الدعوى البوليصية هذه الدعوى ، جاز لأى دائن آخر مستوف مثله لشروط الدعوى أن يتدخل فيها ، فيستفيد من الحكم بطبيعة الحال . واذا لم يتدخل أحد ، ونجح الدائن الذى رفع الدعوى فى دعواه ، فان الحق الذى تصرف فيه المدين يعود الى الضمان العام لجميع الدائنين ممن استوفوا شروط الدعوى البوليصية وكانت حقوقهم سابقة على التصرف المطعون فيه (١). فاذا عمد الدائن الذى حصل على الحكم الى اتخاذ أجراءات تنفيذية

= اذا كان طلب عدم نفاذ التصرف (الدعوى البوليصية) منصبا على التصرف بأكمله قرضا ورهنا باعتباره تصرفا اجراه المدين اضرارا بالدائنين واجابت المحكمة الدائن الى طلبه فان قضاءها فى هذا الخصوص ـ فضلا عما يترتب عليه من ادخال الحق المتصرف فيه فى الضمان العام للدائنين ـ من شأنه اخراج الدائن الذى تواطأ مع المدين اضرارا بباقى الدائنين من مجموع هؤلاء الدائنين فلا يشترك معهم فى حصيلة الحق المتصرف فيه عند التنفيذ عليه وليس له ان يقتضى ماله من دين فى ذمة مدينه الا مما عسى ان يبقى من هذه الحصيلة بعد التنفيذ . (نقض مدنى فى ١٠ من يونية سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ رقم ١١٥ ص ٧٢٤) .

(١) ولقد عدل المشرع فى التقنين المدنى الجديد عن التفرقة التى كان معمولا بها فى ظل التقنين المدنى القديم بين من اشترك من الدائنين فى الدعوى البوليصية ومن لم يشترك منهم ، فاذا تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر التصرف اضرارا بهم ، وذلك تحقيقا لفكرة المساواة بين الدائنين فى الانتفاع بالضمان العام الذى ترمى الدعوى البوليصية الى المحافظة عليه : الأستاذ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ١٨٦ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس من شأن الدعوى البوليصية المفاضلة بين العقود ، بل هى دعوى شخصية لايطالب فيها الدائن بحق عينى ، يؤول بمقتضاها الحق العينى اليه أو الى مدينة ، بل انها تدخل ضمن ما يكفل به القانون حقوق الدائنين ضمن وسائل الضمان ، دون أن يترتب على الحكم فيها لصالح الدائن أن تعود الملكية الى المدين ، وانما ترجع العين فقط الى الضمان العام للدائنين : نقض مدنى فى ١٣ يونيه سنة ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ رقم ١٧٤ ص ١١٠٥ .

على الحق الذى عاد الى هذا الضمان العام على النحو الذى أسلفناه ، كان لكل دائن استوفى شروط الدعوى البوليصية بالنسبة الى هذا الحق أن يتدخل فى اجراءات التنفيذ ، فيشارك الدائن الاول مشاركة الغرماء بل قد يتقدم عليه اذا كان له حق عينى يخوله هذا التقدم . وبذلك تتحقق المساواة ما بين الدائنين ، ولايتقدم أحد على آخر لمجرد أنه بادر الى رفع الدعوى البوليصية قبله ، بل لايكون التقدم الا لسبب يوجبه قانونا (١) .

هذه القاعدة التى استحدثها التقنين الجديد كانت محل جدل شديد فى لجنة مجلس الشيوخ . فقد قيل فى هذه اللجنة أن استئثار الدائن الذى رفع الدعوى البوليصية بفائدتها فيه تشجيع له على مباشرتها ، والا لم ينشط دائن بالذات الى رفعها اذا وجد ان الدائنين الذين لم يشتركوا معه فى رفعها يشتركون مع ذلك فى فائدتها . وقيل أيضا ان نسبية الاحكام تحول دون التسليم باشتراك الدائنين الذين لم يتدخلوا فى الدعوى البوليصية فى فائدتها ، كما أنه لايمكن القول بأن الدائن الذى رفع هذه الدعوى ينوب عن سائر الدائنين فى رفعها . وقيل كذلك أن الدعوى البوليصية انما هى دعوى بعدم نفاذ التصرف لا بابطاله : ولذا كان البطلان لا يتجزأ فان عدم النفاذ قابل للتجزئة فيكون التصرف غير نافذ فى حق أحد الدائنين دون الباقى . ولكن اللجنة لم تر الاخذ بهذا الرأى ، وأصرت على ضرورة المساواة بين الدائنين ، فما دام الحق قد دخل فى ضمانهم العام فلا محل لتقديم أحدهم على الآخرين لمجرد أنه علم قبل غيره بصدور التصرف الضار ، وقد لايعلم باقى الدائنين بهذا التصرف قبل أن يصدر الحكم فى الدعوى البوليصية ، فيكون فى هذا التقديم اخلال بالمساواة بينهم لا يتفق مع الاتجاه العام الذى توخاه التقنين الجديد عندما نظم الاعسار وضيق

---

(١) قارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٦ ص ٨٢٠ . ص ٨٢١ .

من حق الاختصاص (١) .

---

(١) وقد جاء تقرير لجنة الشيوخ ، ردا على الاعتراضات المتقدمة الذكر ، ما يأتى : « اقترح حذف المادة ٢٤٠ .. ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، بل اختارت ابقاء النص لانه يعالج حالة استفاضت الشكوى منها فى ظل نصوص التقنين الحالى (السابق) . وقد صدرت اللجنة فى رأيها عن اعتبار جوهرى ، هو أن فكرة المساواة بين الدائنين فى موقفهم من الضمان العام لديونهم ، وهو أموال المدين قاطبة ، لا تتحقق اذا جعلت الاسبقية فى اتخاذ الاجراء أساسا للافضلية والاستئثار . فالنص الذى يتضمنه المشروع لا يقوم على فكرة نيابة الدائنين عن بعضهم ولا على طبيعة الدعوى ، وانما هو يستند الى ضرورة تحقيق المساواة فى الانتفاع من الضمان العام . ولا ينبغى أن تحول دون ذلك نسبية الأحكام ، لأن زمام هذه القاعدة بيد الشارع ، وهو يخرج عليها كلما اقتضت المصلحة ذلك . وهذا هو المسلك الذى انتهجه كثير من التشريعات الاجنبية وتابعة المشروع ، ولاسيما أنه يتفق فى اتجاهاته العامة فى تنظيم الاعسار والتضييق من حق الاختصاص » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٢٤) . هذا وقد استعادت الدعوى البوليصية بذلك بعضا من صبغتها الرومانية ، فقد رأينا أنها كانت فى القانون الرومانى دعوى جماعية يرفعها ممثل الدائنين وتعود فائدتها على الجميع ، أما هنا فلا تزال دعوى فردية ولكن فائدتها تعم جميع الدائنين . وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : « على أن المشروع لا يستأثر بفضل السبق فى استحداث هذا الحكم ، فقد قضى التقنين البرتغالى فى المادة ١٠٤٤ بأن الدعوى البوليصية يكون من أثرها رد ماوقع التصرف فيه الى ذمة المدين لمنفعة الدائنين . ونصت المادة ١١٣ من التقنين البرازيلى أيضا على أن الفائدة التى تنتج من استعمال هذه الدعوى تدخل فى نطاق ما يقتسم بين الدائنين قسمة غرماء » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٤) — أنظر أيضا المذكرة الايضاحية فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٣ (وقد ورد فيها خطأ أن الدعوى البوليصية أصبحت بوضعها هذا دعوى جماعية لا فردية ، والصحيح أنها لا تزال دعوى فردية ولكن فائدتها تعود على جميع الدائنين ممن استوفوا شروطها) .

هذا واذا صدر الحكم فى الدعوى البوليصية لمصلحة الدائن الذى رفعها استفاد من الحكم كما قدمنا سائر الدائنين الذين تتوافر فيهم شروط الدعوى ويرجع الدائن بمصروفات الدعوى عليهم ، كل بقدر ما استفاد ، وذلك بدعوى الاثراء بلا سبب (أنظر الاستاذ محسن شفيق فى الافلاس فقرة ٦٦ ص ٩١) . أما اذا صدر الحكم ضد الدائن ، فانه لايكون حجة على دائن آخر استوفى شروط الدعوى ، ويستطيع هذا الدائن الآخر أن يرفع الدعوى البوليصية باسمه هو ، فاذا نجح استفاد من ذلك سائر الدائنين الذين استوفوا شروط الدعوى ، حتى الدائن الذى كان قد رفع الدعوى =

٦٠٣ — رجوع الدائن بالتعويض : وللدائن ، اذا أصابه ضرر خاص من التصرف الذى صدر من المدين ، أن يطالب ، الى جانب عدم نفاذ التصرف فى حقه على النحو الذى بسطناه ، بالتعويض عن هذا الضرر الخاص وفقا للقواعد العامة . فاذا أثبت المقرض مثلا أن المقترض ، اذ بادر الى التصرف فى حقه ، قد حرمه من التنفيذ فى الوقت المناسب ، فأصابه ضرر من ذلك يزيد على الفوائد القانونية أو الفوائد المشترطة ، جاز فى هذه الحالة أن يحكم له بتعويض يزيد على هذه الفوائد ، ويتقاضاها ممن تسبب بغشه فى هذا الضرر . ويتضامن فى الالتزام بهذا التعويض المدين نفسه اذا كان سيء النية ، ومن تصرف له المدين اذا كان متواطئا معه ، وخلف هذا الاخير اذا تواطأ مع سلفه ، وهكذا . وكذلك الحكم اذا لم يكن هناك سوء نية ، كما فى التبرعات ، ولكن وجد تقصير ، وذلك فى غير الفوائد فقد رأينا أنه لايجوز الحكم بفوائد تكميلية الا فى حالة سوء النية . ونحن فى كل ذلك انما نطبق القواعد العامة للمسئولية التقصيرية لا القواعد الخاصة بالدعوى البوليصية (١) .

ويترتب على تطبيق هذه القواعد العامة أيضا أن العين اذا هلكت

= أولا ولم ينجح اذا هو اثبت أنه مستوف للشروط .

ويلاحظ أن القاعدة التى استحدثها التقنين الجديد ليس لها اثر رجعى. فلو أن التصرف المطعون فيه صدر قبل يوم ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فان أحكام التقنين المدنى السابق هى التى تطبق ، والا فأحكام التقنين المدنى الجديد .

(١) ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧١٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٢ — وقد لايكون هناك محل للمسئولية التقصيرية ، فلا يحكم بالتعويض بالرغم من وجود الضرر ، وعندئذ يكون الامر مقصورا على تطبيق قواعد الدعوى البوليصية ، فيقتضى بعدم نفاذ التصرف فى حق الدائن دون تعويض . ويتحقق ذلك فى فرض يكون فيه المدين ومن خلفه على حقه حسنى النية ولا تقصير فى جانبهم ، وهذا ممكن فى القانون المصرى اذا كان التصرف الذى صدر من المدين هبة وانتقلت العين الموهوبة بطريق الهبة أيضا من سلف الى خلف (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٧ ص ٨٢١ هامش رقم ١) .

فى يد المشترى أو الموهوب له سيء النية ، كان كل من هذين مسئولا عن هلاكها ، حتى لو كان الهلاك بسبب أجنبى اذا ثبت أن العين لـم تكـن تهلك لو بقيت فى يد المدين . أما اذا هلكت فى يد الموهوب له حسن النية، لم يرجع الدائن بتعويض عليه حتى لو هلكت العين بخطئه ، لأن تقصير الموهوب له هنا متعلق بهلاك العين لا بمنع الدائن من التنفيذ عليهـا . وكالهلاك التلف الكلى أو الجزئى .

كذلك يرد المشترى أو الموهوب له سيء النية الثمار ، قبضها أو لم يقبضها . أما الموهوب له حسن النية فلا يرد الثمار المقبوضة ، اذ يتملكها بالقبض (١) . واذا بنى حائز العين أو غرس أو أنفق مصروفات ضرورية أو نافعة أو كمالية ، طبقت الاحكام الخاصة بذلك (٢) .

المبحث الثـانى

أثر الدعوى البوليصية بالنسبة الى المدين ومن تصرف له المدين

٦٠٤ — حكم التصرف المطعون فيه : قدمنا أن الدعوى البوليصية ليست دعوى بطلان ، فليس من أثرها أن تبطل تصرف المدين ، وانمـا تجعل هذا التصرف غير نافذ فى حق الدائنين . أما فى حق غيرهم فيبقى التصرف قائما ينتج كل آثاره ، الا ما تعارض منها مع عدم نفاذ العقد فى حق الدائنين . ويترتب على ذلك :

---

(١) ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٢ — فقرة ٢٥٥ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧١٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٢ — دى هلتس ١ فى الدعوى البوليصية فقرة ٦٢ وفقرة ٦٥ — فقرة ٦٦ — والتون ٢ ص ١١٧ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٧ — وقد قضت محكمة الاسـتئناف المختلطة بأن الدائن الذى يطالب بالثمار التى قبضها خلف المدين بعد أن ثبت سوء نيته لايستعمل حقه بدعوى غير مباشرة ، بل بمقتضى دعوى مباشرة مستمدة من حق خاص ثابت لهذا الدائن الذى لحقه الضرر (٢٠ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣ ص ٩٤) .

(٢) ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٣ — بودرى وبارد فقرة ٧٢٣ — دى هلتس ١ فى الدعوى البوليصية فقرة ٦٣ — فقرة ٦٤ وفقرة ٦٨ فيما يتعلق بالحبس لاسترداد المصروفات — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٧ ص ٨٢٢ .

(أولا) أن التصرف المطعون فيه يبقى قائما فيما بين المتعاقدين، بل يبقى منصرفا أثره الى من يمثله المتعاقدان من خلف عام وخلف خاص .

(ثانيا) عند تعارض المبدأ المتقدم مع مبدأ عدم نفاذ التصرف فى حق الدائن يعالج هذا التعارض بتطبيق القواعد العامة (١) .

٦٠٥ — **بقاء التصرف المطعون فيه قائما** : يبقى التصرف قائما نافذ الأثر بين الطرفين (٢) .

فاذا كان التصرف بيعا مثلا ، بقى الشىء المبيع ملكا للمشترى ، وبقى المشترى ملتزما بدفع الثمن ، وأنتج البيع كل آثاره من التزامات فى جانب كل من المتعاقدين (٣) . فاذا نفذ الدائن على العين المبيعة واستوفى حقه منها ، فأن الباقى من ثمن العين يعد بيعها فى المزاد يكون ملكا للمشترى لا للبائع ، وهذا بالرغم من أن المشترى سىء النية متواطىء مع البائع (٤) . كذلك لو ترتب على البيع أن أخذ العين شفيع،

---

(١) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٩ .

(٢) لوران ١٦ فقرة ٤٩٤ — اوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ هامش رقم ٣٨ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧١٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٤ — استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٢٢ — ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٩ جازيت ١٩ ص ٢٧١ — انظر أيضا المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٣ .

(٣) استئناف اهلى ٢٣ يناير سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ٩٠ — ٢٧ يناير سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ٤٤ — ١٥ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٤٤ ص ٧٨ .

وقد قضت محكمة النقض بأن الدعوى البوليصية ليست فى حقيقتها — وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة — الا دعوى بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين اضرارا بدائنه ، ولايمس الحكم الصادر فيها صحة العقد الصادر من المدين ، بل يظل هذا العقد صحيحا وقائما بين عاقديه منتجا كافة آثاره القانونية بينهما : نقض مدنى فى ١٣ يونيه سنة ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ رقم ١٧٤ ص ١١٠٥ .

(٤) استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٨٠ .

ثم استوفى الدائن حقه من العين المشفوع فيها ، رجع ما بقى من العين أو من ثمنها الى الشفيع (١) •

واذا كان التصرف وقفا خيريا مثلا ، صـــدر اضرارا بالدائنين ، بقيت العين موقوفه بعد أن يستوفى منها الدائن حقه • فاذا بيعت لوفاء هذا الحق ، وبقي من ثمنها شيء بعد الوفاء ، كان الباقى من الثمن وقفا ، واشتريت به عين أخرى تحل محل الاولى عن طريق الاستبدال دون حاجة الى وقفها من جديد ، وبقيت الجهة الموقوف عليها وشروط الوقف ونظارته لا تتغير (٢) •

وكما يبقى التصرف قائما فيما بين الطرفين ، فان أثره ينصرف أيضا الى من يمثله هذان الطرفان من خلف عام أو خلف خاص • فورثة المدين لا يرثون الباقى من العين التى تصرف فيها مورثهم بعد تنفيــذ الدائن عليها ، ويرث ذلك ورثة المشترى • واذا كان تصرف المــدين فى العين بالبيع ، فان دعوى الضمان التى نشأت من عقد البيع تنتقل مع العين الى المشترى من المشترى ، بالرغم من أنه سيء النية ، باعتباره خلفا خاصا للمشترى •

أما بالنسبة الى دائنى المدين — غير الدائن الذى رفع الدعــوى البوليصية — فقد قدمنا أن التصرف المطعون فيه يكون غير نافذ فى حقهم اذا استوفوا شروط الدعوى البوليصية ، ذلك أنهم يستفيدون من الحكم بعدم نفاذ التصرف كما يستفيد الدائن الذى رفع الدعوى البوليصــية وفقا لاحكام التقنين المدنى الجديد • ويستطيع هؤلاء الدائنون جميعا أن ينفذوا على العين بحقوقهم ، ويقسمون ثمنها بينهم قسمة الغرماء

(١) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٥٠ ص ٨٢٤ — ص ٨٢٥ .
(٢) استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٨٢ — ٢٠ ينــاير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٢٢ — ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٥ — محــكمة مصر المختلطة ٢٥ مارس سنة ١٩١٢ جــازيت ٢ ص ١٠٦ — منفلوط أول يناير سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٩٢ ص ١٢٠ .

على النحو الذى قدمناه . ولكن دائنى من تصرف له المدين ينفذ أثر التصرف فى حقهم نفاذه فى حق مدينهم ، فلهم أن يعتبروا العين مملوكة له ، وأن ينفذوا عليها بعد أن يستوفى الدائن الذى رفع الدعوى البوليصية ومن يشترك معه من الدائنين حقوقهم ، ولهم أن يستعملوا حق مدينهم فى الرجوع على المدين الذى تصرف له (١) .

٦٠٦ — تعارض مبدأ قيام التصرف مع مبدأ عدم نفاذه فى حق الدائن وتطبيق القواعد العامة : على أنه لايمكن تفادى تعارض المبدأين اللذين قدمناهما : قيام التصرف فيما بين الطرفين من جهة ، وعدم نفاذ هذا التصرف فى حق الدائن من جهة أخرى . فلو فرضنا التصرف بيعا ، فان من حق المشترى أن تخلص له ملكية العين المبيعة طبقا لمبدأ قيام التصرف فيما بين الطرفين ، ولا تخلص له هذه الملكية الا بعد أن يستوفى الدائن حقه من العين طبقا لمبدأ عدم نفاذ التصرف فى حق الدائن . فلا يبقى اذن الا تطبيق القواعد العامة للتوفيق بين المبدأين .

وتطبيق هذه القواعد يؤدى الى أن الدائن يستوفى حقه من العين المبيعة لأن البيع غير نافذ فى حقه . ثم لما كان البيع لايزال قائما فيما بين المشترى والمدين الذى باع له العين ، فان المشترى يرجع على المدين بضمان الاستحقاق (٢) . وله أن يطلب فسخ البيع ، ويترتب

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦١ — انظر عكس ذلك : بلانيول فى مقاله فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٨٢ ص ٤٩٢ — وقد قدمنا ان العين المبيعة اذا تحولت الى مجرد دين فى ذمة المشترى — كما اذا باع المشترى العين لمشتر آخر حسن النية — فأن الدائن الذى رفع الدعوى البوليصية يتحمل مزاحمة دائنى المشترى فى الرجوع على المشترى . وسنرى فى الصورية أن دائن المشترى الصورى يتقدم على دائن البائع ، خلافا لما نقرره هنا فى الدعوى البوليصية .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٤ — واذا كان التصرف تبرعا ، لم يرجع المرهون له على المدين بضمان الاستحقاق الا اذا اشترط ذلك فى عقد الهبة ، تطبيقا للقواعد العامة (ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٧١ — لوران ١٦ فقرة ٤٩٥ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧١٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة =

على الفسخ أن يتحلل المشترى من جميع التزاماته التى نشأت من عقد البيع ، فيزول التزامه بدفع الثمن بالرغم من تواطؤه مع المدين واذا كان قد دفع الثمن استرده وترقب فى ذلك يسار المدين ، ويرد الى المدين ما بقى من العين فى يده بعد تنفيذ الدائن (١) .

وله كذلك أن يرجع على المدين بما استوفاه الدائن ، فقد حصل ذلك من ماله ، فيرجع بدعوى الاثراء بلا سبب ، شأن كل شخص وفى دينا عن الغير .

ويتبين مما تقدم أن المشترى له دعويان : دعوى العقد ويرفعها ضد البائع له ، ودعوى الاثراء بلا سبب ويرفعها ضد المدين . فاذا كان البائع هو المدين ، فالمشترى بالخيار فى الرجوع عليه باحدى الدعوين. ولكن قد يكون البائع غير المدين ، كما اذا كان المدين قد تصرف فى العين لآخر وهذا باعها للمشترى ، ففى هذه الحالة تتفرق الدعويان على شخصين مختلفين : دعوى الاستحقاق ترفع ضد البائع ، ودعوى الاثراء بلا سبب ترفع ضد المدين . وللمشترى أن يختار احدى الدعوين (٢) .

= ٧٥١ ص ٨٢٦ هامش رقم ١) . وكذلك الحكم اذا كان التبرع هبة مستترة او هبة غير مباشرة كتنازل عن حق شخصى أو حق عينى (بودرى وبارد ١ فقرة ٧١٣) .

(١) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٥١ ص ٧٢٦ هامش رقم ٢ .

(٢) جروبييه فقرة ٢٣٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٤ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٥١ ص ٨٢٦ وهامش رقم ٣ — واذا كان التصرف المطعون فيه من شأنه أن يزيد فى التزامات المدين ، كقرض مثلا ، فان عدم نفاذ عقد القرض فى حق الدائن السابق على هذا التصرف يجعل هذا الدائن يتقدم على المقرض فلا يزاحمه ولكن المقرض يزاحم الدائن اللاحق لعقد القرض ، اذ القرض نافذ فى حق هذا الدائن . وهنا يجب التمييز بين فرضين : ١ — فاذا كان الدائن اللاحق قد أصبح دائنا بموجب تصرف قانونى متأخر على عقد القرض ، فهذا التصرف الذى عقد بعد اعسار المدين يكون هو الآخر غير نافذ فى حق الدائن السابق . فلو أن شخصا لا يملك الا عينا قيمتها الف ، وله دائن بهذا المبلغ ، ثم اقترض =

٦٠٧ — مقارنة بين الدعوى البوليصية والدعوى غير المباشرة : تتفق الدعويان فى أن الدائن يعالج بهما موقف مدين معسر يتعمد الاضرار بدائنه أو يهمل اهمالا من شأنه أن يضر بهذا الدائن ، فلابد من ادخال المدين خصما فى كل من الدعويين . وتتفقان كذلك فى أن الاجراءات فيهما فردية لا جماعية بخلاف اجراءات الافلاس التجارى، وفى أن سائر الدائنين مع ذلك يشاركون عند التنفيذ الدائن الذى رفع الدعوى ويقسمون معه ما حصل عليه قسمة الغرماء .

وتفترق الدعويان فى أن الذى يعالجه الدائن فى الدعوى غير المباشرة هو عمل سلبى من المدين وهو امتناعه عن استعماله حقوقه عمدا أو اهمالا ، وما يعالجه فى الدعوى البوليصية هو عمل ايجابى من المدين وهو تصرفه فى حقوقه اضرارا بالدائن . لذلك كانت الحماية ضد العمل الايجابى أشد نشاطا من الحماية ضد العمل السلبى (١) . فالدعوى البوليصية يرفعها الدائن باسمه لا باسم المدين ، ويعتبر نفسه فيها من الغير بالنسبة الى التصرف الذى يطعن فيه . أما الدعوى غير المباشرة فيرفعها الدائن باسم المدين ، ويعتبر نفسه نائبا عن المدين فى الحق

= بعد ذلك مائة من دائن ثان ، ثم مائة من دائن ثالث ، فان القرض الاول الذى كان سببا فى اعساره لا ينفذ فى حق الدائن السابق على القرض ، وكذلك القرض الثانى لا ينفذ لنفس السبب . فاذا فرضنا أن قيمة العين زادت وقت التنفيذ الى الف ومائة ، فان الدائن الاول يتقدم على الدائنين الثانى والثالث ، فيستوفى الفا كاملة ، ويتزاحم الدائنان الثانى والثالث فى المائة الباقية كل منهما يصيبه خمسون . ٢ — أما اذا كان الدائن اللاحق قد اصبح دائنا بموجب عمل مادى — كعمل غير مشروع — فأصبح للمدين دائنون ثلاثة ، دائن بألف ثم من اقرضه المائة ثم المضرور فى العمل غير المشروع ، فان الدائن المقرض يكون عند ذلك وسطا ما بين الدائن السابق والدائن اللاحق ، فهو يتأخر عن السابق ويزاحم اللاحق ، وفى الوقت ذاته يزاحم اللاحق السابق ، فينشأ من ذلك وضع شبيه بوضع الحوالة بين حجزين ، كما أشار الى ذلك الاستاذ اسماعيل غانم (أحكام الالتزام ص ١٥٦ هامش رقم ٢) .

(١) انظر آنفا فقرة ٥٦٧ .

الذى يستعمله باسمه (١) .

أما من حيث الاحكام التفصيلية فهناك فروق كثـــــيرة ما بين الدعويين ، نذكر منها :

١ ــ فى الدعوى البوليصية يشترط فى الدائن أن يكون حقه مستحق الأداء ، ويكفى فى الدعوى غير المباشرة أن يكون حق الدائن محقـــق الوجود دون أن يكون مستحق الأداء .

٢ ــ فى الدعوى البوليصية يشترط أن يكون حق الدائن ســـابقا على التصرف المطعون فيه ، ولايشترط فى الدعوى غير المبـــاشرة أن يكون حق الدائن سابقا على ثبوت حق المدين الذى يستعمله الدائن .

٣ ــ فى الدعوى البوليصية التصرف الذى يطعن فيه الدائن لابد أن يكون تصرفا قانونيا (acte juridique) توافرت فيه شروط معينة تقدم ذكرها ، أما فى الدعوى غير المباشرة فقد يكون مصدر الحـــق الذى يستعمله الدائن باسم مدينه تصرفا قانونيا أو واقعة مادية .

٤ ــ فى الدعوى البوليصية لابد أن يكون المدين ــ فيمـــا عـــدا التبرعات فى القانون المصرى ــ سيىء النية يريد بتصرفه الاضرار بحقوق دائنيه ، بل أن سوء نية المدين وحده لايكفى اذا كان التصرف المطعون فيه معاوضة ، اذ يجب فى هذه الحالة اثبات سوء نية الخلف وخلف الخلف . أما فى الدعوى غير المباشرة فقد يكون المدين سيىء النية وقد يكون مهملا فى استعمال حقه بنفسه ، فلا يشترط اذن فى المدين سوء النية .

٥ ــ أثر الدعوى البوليصية واحد دائما هو اعتبار الدائن من الغير فى التصرف المطعون فيه . ذلك أنه لا توجد الا دعوى بوليصية واحدة

---

(١) وقد تدمنا أن الدائن يســـتطيع ان يستعمل كلا من الدعـــويين البوليصية والدعوى غير المباشرة ، اذا اخفق فى احداهما لجأ الى الاخرى. ولكنه لا يستطيع الجمع بينهما فى اجراءات واحدة ، لأنهما دعويان مختلفان (انظر آنفا فقرة ٥٦٧ ــ وانظر نظـــرية العقد للمؤلف فقــــرة ٧٦١) .

يرفعها الدائن باسمه ، وهى دائما دعوى شخصية . أما أثر الدعوى غير المباشرة فيختلف باختلاف الحق الذى يستعمله الدائن باسم المدين، ذلك أنه لاتوجد دعوى واحدة غير مباشرة ، بل توجد دعاوى متعـددة بقدر ما للمدين من حقوق يستطيع الدائن أن يستعملها ، وهى تارة تكون شخصية وطورا تكون عينية حسب طبيعة الحـق الذى يستعمله الـدائن [١] .

(١) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٦١ — ٧٦٢ .

الفصـــل الثالث

دعـــوى الصـــورية *

(Action en simulation)

٦٠٨ ـــ مســـائل ثلاث : نحدد أولا ما هى الصـــــورية ، ثم نبين أحكامها ، ثم نعقد مقارنة بين دعوى الصورية وكل من الدعـــــوى البوليصية والدعوى غير المباشرة •

الفـــرع الأول
تحـــديد الصـــورية

٦٠٩ ـــ معنى الصورية وأنواعها : يلجأ المتعاقدان عـــــادة الى الصورية عندما يريدان اخفاء حقيقة ما تعاقدا عليه لسبب قام عندهما • ومن هنا وجد : ١ ـــ العقد الظاهر (acte apparent) ، وهـــو العقد الصورى (acte simulé, fictif) ٢ ـــ والعقد المستتر (acte secret).

---

* مراجع : بارتان (Bartin) رسالة من باريس سنة ١٨٨٥ ـــ فوركاد (Fourcade) رسالة من نانسى سنة ١٨٨٧ ـــ جلاسون (Glasson) رسالة من باريس سنة ١٨٩٧ ـــ كازال (Cazal) رسالة من مونبيليه سنة ١٨٩٧ ـــ لبريبور بيجونيير (Lerebours pigeoniere) رسالةمنكانسنة،١٨٩٨ ـــ دبكار (Descart) رسالة من بوردو سنة ١٩٠٧ ـــ دافيد (David) رسالة من بواتييه سنة ١٩٢١ ـــ بواسلو (Boisselot) رسالة من باريس ١٩٢٦ ـــ فلافان (Flavin) رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ ـــ روسو (Rousseau) رسالة من باريس ١٩٣٧ ـــ ناوت (Naut) رسالة من باريس سنة ١٩٥١ (على الآلة الكاتبة) ـــ مقال للأستاذ بلانيول فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٨٦ ص ٦٢٢ وما بعـــدها ـــ ديموج ١ فقـــرة ١٥٩ وما بعدها • مقال للأستاذ Bredin فى المجلة الفصلية للقـــانون المدنى Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte stimulé, R. T. 1956, 261.

مقال للاستاذ صليب سامى فى مجلة المحاماة السنة الثانيـــة ـــ بحث فى التصرف القانونى للاستاذ احمد رفعت خفاجي المحاماة السنة ٣٤ ص ١٤٦٥ وما بعدها ،

وهو العقد الحقيقى (acte réel) وتسميه المحاكم المصرية عــادة بورقة الضد (contre-lettre).

والصورية قسمان : صورية مطلقة (simulation absolue) وصورية نسبية (simulation relative) [1] • والصورية النسبية اما أن تكون بطريق التستر (par voie de déguisement) • واما أن تكون بطريق المضادة (par voie de contre-lettre) ، واما أن تكون بطريق التسخير (par voie l'interposition de personnes).

٦١٠ — **الصورية المطلقة** : وهى تتناول وجود العقد ذاته ، فيكون العقد الظاهر لا وجود له فى الحقيقة ، ولا تتضمن الورقة المستترة عقدا آخر حقيقيا يختلف عن العقد الظاهر ، بل تقتصر هذه الورقة عـــلى تقرير أن العقد الظاهر انما هو عقد صورى لاوجود له • مثـــل ذلك شخص يريد أن يتوقى من دائنيه أن ينفذوا على شىء يملكه ، فيبيع هذا الشىء بيعا صوريا الى شخص يتفق معه على ذلك ، ويكتبان بالبيع عقدا ظاهرا ، ويكتبان فى الوقت ذاته سندا مستترا يذكران فيـــه أن البيع لا حقيقة له ، وهذا السند المستتر هو « ورقة الضد » • وفى هذه الصورة نرى اقتراب الصورية من الدعوى البوليصـــية ، ففى كليهما يحاول المدين بغشه أن يضر بحقوق دائنيه ، وفى كليهما يعطى القانون سلاحا للدائنين يحاربون به غش المدين •

على أنه قد يكون الصورية المطلقة أغراض أخرى غــير الاضرار بحقوق الدائن • فقد يتفق شخص مع آخر ممن يلوذ به على أن يبيعه بيعا صوريا النصاب المالى المطلوب لمركز يرشح نفسه لــه ، (كمركز العضوية فى مجلس نيابى أو مركز العمدية أو نحو ذلك) ، أو يبيعه بيعا صوريا مالا يظهر به فى مظهر ذوى اليسار حتى يتسنى له الانخراط فى

---

(١) نقض مدنى ١١ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكـــام النقض ٥ رقم ٩٥ ص ٥٩٢ — الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٢٣ •

جمعية أو شركة تتطلب هذا المظهر أو مصاهرة أسرة تقتضى هـــــذا اليســـــار •

ويتبين من هذا — ومن الحالات الاخرى للصورية النسبية التى ستأتى — أن الصورية أوسع نطاقا من الدعوى البوليصية •

١٦١ — **الصـــورية بطريق التســـتر** : وتتنـــاول نـــوع العقـــد لا وجوده (١) ، وذلك كهبة فى صورة بيع • العقد الظاهر هو البيع وهو عقد صورى ، والعقد المستتر هو الهبة وهـــو العقد الحقيقى • ويكون الغرض من الصورية عادة فى مثل هذه الحالة الهرب من رسمية العقد فيما لو ظهرت الهبة فى ثوبها الحقيقى (٢) • وقد يكون الغرض ســـتر السبب الحقيقى للتصرف ، كان يكتب شخص صكا على نفسه بدين لآخر يقول عنه أنه ثمن لشىء اشتراه وهــــو فى الحقيقة قرض بربا فاحش ، وكأن يصدر من شخص لأحد ورثته عقد بيع وهو فى الحقيقة وصـــية •

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الصورية المطلقـــــة هى تلك التى تتناول وجود العقد ذاته فيكون العقد الظاهر لا وجود له فى الحقيقة ، أمـــا الصورية النسبية فهى التى لا تتناول وجود العقد وانما تتناول نوع العقد او ركنا فيه أو شرطا من شروطه أو شخص المتعاقدين : نقض مدنى فى ٢٥ مايو سنة ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ رقـــــم ٢٦٠ ص ١٣٣٧ •

(٢) وقد قضـــت محكمة النقض بأنه اذا دفع بصورية عقد بيع مسجل صادر من والد الى ولده الصورية المطلقة ، فأحالت المحكمة الدعوى الى التحقيق ، ثم استخلصت استخلاصا سائغا من اقوال الشهود اثباتا ونفيا — بعد أن أوردت مجمل هذه الأقوال فى حكمها — أن الطاعن فى العقد قد عجز عن اثبات دفعه بالصورية ، ثم خلصت الى القول بأن العقد عقـــد تمليك قطعى منجز انتقلت الملكية بموجبه فورا حال حياة البائع ، وانه عقد صحيح سواء باعتباره بيعا حقيقيا أو بيعا يستر هبة ، وانه حتى مـــع التسليم أن ثمنا لم يدفع فانه لا مانع قانونا مـــن افراغ الهبة المنجزة فى صورية عقد بيع صحيح ، فحكمها بذلك صحيح ، ولا وجه للطعن فيه بأنه فيما فعل قد خلط بين الصورية النسبية والصورية المطلقة (نقض مـــدنى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٤٦ ص ٢٥٦ — أنظر أيضا : نقض مدنى ١١ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٥٢ ص ٥٩٢ وهو الحكم الذى سبقت الاشارة اليه) •

٦١٢ — **الصورية بطريق المضادة** : ولا تتناول وجود العقد أو نوعه ، بل ركنا أو شرطا فيه . مثل ذلك عقد بيع يذكر فيه ثمن أقل من الثمن الحقيقى تخففا من رسوم التسجيل ، أو ثمن أكبر من الثمن الحقيقى توقيا من الاخذ بالشفعة ، ويحتفظ المتعاقدان بسند مستتر ، هو ورقة الضد ، يذكر فيه الثمن على حقيقته .

٦١٣ — **الصورية بطريق التسخير** : ونتناول شخص أحد المتعاقدين ، كأن يهب شخص لآخر مالا ويكون الموهوب له المذكور فى العقد ليس هو المقصود بالهبة ، بل المقصود شخص آخر يغلب أن تكون الهبة غير جائزة له ؛ فيوسط الواهب بينه وبين الموهوب له الحقيقى شخصا مسخرا (personne interposée) ، تكون مهمته أن يتلقى الهبة من الواهب ثم ينقلها الى الموهوب له . فيكون الغرض من الصورية بطريق التسخير عادة التغلب على مانع قانونى يحول دون تمام الصفقة لشخص معين (١) .

وقد أورد التقنين المدنى صورا مختلفة من الصورية بطريق التسخير ، نذكر منها :

١ — ما نصت عليه المادة ٤٧١ مدنى من أنه « لايجوز للقضاة

---

(١) وهناك تعاقد بطريق التسخير غير الصورية بطريق التسخير ، ويدعى المسخر فيه بالاسم المستعار (prête-nom) ففى الصورية بطريق التسخير يتعاقد الشخص مع مسخر (personne interposée) يتواطأ معه على تسخيره لمصلحة شخص ثالث يكون هو ايضا عالما بهذا التسخير . اما فى التعاقد بطريق التسخير فان المسخر (prête-nom) يتعاقد مع شخص يغلب الا يكون عالما بالتسخير . والمسخر هنا يبرم تصرفات ثلاثة كل منها تصرف جدى . الاول عقد وكالة يكون المسخر فيه وكيلا عن آخر فى تصرف يعينانه فى عقد الوكالة . والثانى يعقده المسخر مع الغير يبرم فيه هذا التصرف المعين لحساب الموكل ولكن باسمه هو فينصرف اليه أثر التصرف . والثالث يعقده مع الموكل مرة اخرى ينقل له فيه اثر هذا التصرف الذى سبق أن عقده لحسابه مع الغير (انظر بلانيول وريبير واسمان ٦ ص ٤٢٨ هامش رقم ٢) .

ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا لا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه، اذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها ، والا كان البيع باطلا » .

٢ — ما نصت عليه المادة ٤٧٢ مدنى من أنه « لايجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكليهم فى الحقوق المتنازع فيها اذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها ، سواء أكان التعامل بأسمائهم أم باسم مستعار ، والا كان العقد باطلا » .

٣ — ما نصت عليه المادة ٤٧٩ مدنى من أنه « لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشترى بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ، ولو بطريق المزاد العلنى ، مانيط به بيعه بموجب هذه النيابة ، ما لم يكن ذلك باذن القضاء ، ومع عدم الاخلال بما يكون منصوصا عليه فى قوانين أخرى » .

٤ — ما نصت عليه المادة ٤٨٠ مدنى من أنه « لايجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الاموال المعهود اليهم فى بيعها أو فى تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أم بأسم مستعار (١) » .

٦١٤ — شروط تحقق الصورية : ويتبين مما قدمناه أن الصورية لا تتحقق الا اذا توافرت الشروط الآتية :

١ — أن يوجد عقدان — أو موقفان — اتحد فيهما الطرفان والموضوع .

٢ — أن يختلف العقدان من حيث الماهية أو الأركان أو الشروط .

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الصورية تكون باخفاء حقيقة العقد فى شكل عقد آخر ، أو باخفاء اسم أحد المتعاقدين تحت اسم شخص آخر مستعار .. كما تكون باظهار وجود عقد لا حقيقة له فى الوجود (أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢١٣ ص ٢١٦) .

٣ — أن يكونا متعاصرين ، فيصدرا معا فى وقت واحد (١) •

٤ — أن يكون احدهما ظاهرا علنيا وهو العقد الصورى ، ويكون الآخر مستترا سريا وهو العقد الحقيقى (٢) •

٦١٥ — تمييز الصورية عن حالات مشابهة : وهناك حالات مشابهة للصورية يجب تمييز الصورية عنها • من ذلك :

١ — ان الصورية تختلف عن التدليس فى أنها عمل يتفق عليه المتعاقدان متواطئين معا ، فليس يغش أحدهما الآخر ، وانما يريدان معا غش الغير أو اخفاء أمر معين (٣) • أما التدليس فعمل يقوم به

---

(١) ولاتشترط المعاصرة المادية ، بل تكفى المعاصرة الذهنية ، اى اى المعاصرة التى دارت فى ذهن المتعاقدين وانعقدت عليها نيتهما وقت صدور التصرف الظاهر وان صدر التصرف المستتر بعد ذلك . وقد قضت محكمة النقض بأن لمحكمة الموضوع ، بما لها من سلطة تفسير العقود وتقدير الوقائع ، أن تقرر أن االعقد محل الدعوى ،وان صدر فى يوم تال لعقد آخر بينه وبين العقد الآخر معاصرة ذهنية ، وان العقد الاخير ، وان وصف بأنه تراد أو تفاسخ ، هو فى حقيقته ، حسبما انعقدت عليه نية الطرفين ، ورقة ضد تفيد صورية العقد الأول (نقض مدنى أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣ ص ٤٨) . وقضت ايضا بأنه يكفى فى اعتبار الاقرار بمثابة ورقة ضد توافر المعاصرة الذهنية التى تربطه بالعقد، وان اختلف تاريخهما (نقض مدنى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٠ ص ١٠٢) •

(٢) بنى سويف الكلية ٣ يونيه سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٣٠٩ ص ٤٤٥ — كفر الشيخ ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٧ المحاماة ١١ رقم ٥١ ص ٩٤ — اما االباعث على االصورية فليس ركنا فيها ، وقد قضت محكمة النقض بأن الباعث على الصورية ليس ركنا من أركان الدعوى بها ، فعدم صحة الباعث الذى أورده مدعى الصورية ليس من شأنه وحده رفض دعواه (نقض مدنى أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣ ص ٤٨) •

(٣) وقد لايكونان سيىء النية . وقد قضت محكمة االنقض بأن االحكم بصورية العقد لايستلزم اثبات سوء نية الطرفين فيه ؛ ومع ذلك اذا كان الحكم قد استظهر هذا الامر فلا يصح تعييبه به (نقض مدنى ١١ مايو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨١ ص ٥٥٣) . وقد تجتمع الصورية والتدليس ، كما اذا اتفق البائع والمشترى على صورية البيع ، ولكن المشترى اعطى البائع « ورقة ضد » بتوقيع مزور ، تدليسا منه على البائع =

أحد المتعاقدين لتضليل المتعاقد الآخر (١) •

وتختلف الصورية عن التزوير كذلك ، لأن كلا من المتعاقدين عالم بالصورية ومتواطىء عليها مع الآخر • فلا يجوز اذن الطعن فى العقد الرسمى أو العرفى بالتزوير بسبب صوريته (٢) •

٢ — تختلف الصورية أيضا عن التحفظ الذهنى (réserve mentale) فى أن الأولى نتيجة تدبير واتفاق بين طرفين ، أما التحفظ الذهنى ففيه يستقل أحد الطرفين — دون أن يتفق فى ذلك مع الآخر — باظهار ارادة وابطان ارادة أخرى تختلف عن الاولى ، فارادته الظاهرة غير جدية اذ تحفظ ذهنيا بارادة باطنة تختلف عنها • فالتحفظ الذهنى نوع من الصورية فى الارادة الظاهرة ، ولكنها صورية غير متفق عليها بين المتعاقدين •

٣ — ولا صورية فى عقد جدى تم بين المتعاقدين ، ثم بدا لهما بعد ذلك أن يدخلا فيه تعديلا • فاذا اتفق الطرفان على عقد ايجار مثلا ، ثم عدلا العقد فيما يتعلق بالأجرة فخفضاها ، لم يكن هناك عقد صورى وعقد حقيقى ، بأن هناك عقدان حقيقيان الأخير منهما يعدل الاول • وقد تقدم القول ان الصورية لا تتحقق الا اذا كان العقدان متعاصرين (٣) •

٤ — ولا صورية كذلك فى عقد جدى يتم بين المتعاقدين ، حتى لو لم يكن ذلك العقد الا وسيلة للوصول الى غرض آخر ليس هو

= (نقض مدنى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٣ ص ١٩٩). كاريوتيه القانون المدنى ، الجزء الثانى فقرة ١٢٢ •

(١) استئناف أهلى ٥ مايو سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٢١٦ •

(٢) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٦٩ — ديموج ١ ص ١٦٠ — والتون ٢ ص ١٢٩ — ص ١٣٠ — ويجوز اثبات صورية عقد رسمى دون الطعن فيه بالتزوير ، مادام الخصم لايدعى تزوير العقد ذاته ، بل يقتصر على الادعاء بأنه عقد غير جدى (نقض فرنسى ٤ يوليه سنة ١٩٢٢ سيريه ١٩٢٤ — ١ — ٢٨٦ — بلانيول وريبير واسمان ٦ فقرة ٣٤٢) •

(٣) ديموج ١ ص ٢٦٣ — الأستاذ أحمد نشأت فى الاثبات ١ فقرة ٢٤٤ •

الغرض المباشر من العقد • فاذا تصرف المدين فى ماله تصرفا جديا حتى يضيع على دائنه فرصة التنفيذ عليه ، فتصرف المدين فى هذه الحالة تصرف جدى لا صورى ، ويطعن فيه بالدعوى البوليصية لا بدعوى الصورية (١) • وقد يحمل الزوج أحد أقاربه — كأحد والديه — على أن يرفع عليه دعوى نفقة ، حتى ينتقص بذلك من مقدار النفقة التى يحكم بها للزوجة ، ففى هذه الحالة لا تكون دعوى النفقة المرفوعة من غير الزوجة دعوى صورية ، بل هى دعوى حقيقية • وفى فرنسا قد يتبنى شخص آخر تبنيا حقيقيا بقصد أن ينتقص بذلك من حقوق الورثة ، وقد يتزوج الطبيب امرأة يعالجها وهى فى مرض الموت حتى يجوز له أن يتلقى منها تبرعا ممنوعا عنه بموجب المادة ٩٠٩ من التقنين المدنى الفرنسى لو لم يتزوجها (٢) •

---

(١) نقض مدنى ٢٦ مارس سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٤٩ ص ٤٢١ — الأستاذ أحمد نشأت فى الاثبات ١ فقرة ٢٤٤ مكررة — الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٢٤ •

وقد قضت محكمة النقض بأن دعوى الصورية ودعوى عدم نفاذ تصرف المدين هما دعويان مختلفتان ، فيجوز للدائن اثبات ان العقد الذى صدر من المدين صورى بغية استبقاء المال الذى تصرف فيه فى ملكه ، فان اخفق جاز له الطعن فى العقد الحقيقى بدعوى عدم نفاذ التصرف فى حقه ، بغية اعادة المال الى ملك المدين ، كما انه يجوز للدائن كذلك فى الدعوى الواحدة أن يطعن فى تصرف مدينه بالدعويين معا على سبيل الخيرة ، فيحاول اثبات الصورية أولا فان لم ينجح انتقل الى الدعوى الاخرى : نقض مدنى فى ٢٥ فبراير سنة ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ رقم ٣٧ ص ٢٢٨ — كما قضت بأنه وان كان الطعن بالدعوى البوليصية يتضمن الاقرار بجدية التصرف والطعن بالصورية يتضمن انكار التصرف ، مما يقتضى البدء بالطعن بالصورية ، الا انه ليس ثمة ما يمنع من ابداء الطعنين معا اذا كان الدائن يهدف بهما الى عدم نفاذ تصرف المدين فى حقه : نقض مدنى فى ٢٩ ابريل سنة ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ رقم ١٢٧ ص ٧٧٣ •

(٢) ديموج ١ ص ٢٦٠ — بلانيول وريبير واسمان ٦ ص ٤٦٠ هامش رقم ١ •

وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن طلبات الطاعنين الختامية امام محكمة أول درجة قد تحددت بصفة أصلية واستقرت على التمسك بطلب ابطال حكم مرسى المزاد الصادر =

٥ ــ ولا صورية فى عقد ظاهر نوه فيه بالعقد المستتر ، كما فى البيع مع التقرير بالشراء عن الغير (déclaration de command, élation d'ami) لأن شرط الصورية أن يكون هناك عقــد مستتر لا يشار اليه فى العقد الظاهر ، بل يبقى سرا بين الطرفين . ولذلك يصعب تحقق الصورية اذا كان العمل المستتر من شأنه ألا يكون نافذا فى حق الغير الا بطريقة من طرق الشهر ، كتسجيل أو قيد أو اعلان ، اذ فى هذه الحالة يفقد العمل المستتر سريته فلا تتوافر شروط الصورية (٢) .

٦١٦ ــ **منطقة الصورية** : وأكثر ما تكون الصورية فى العقــود . ولكن هذا لا يمنع من أن تكون فى التصرف القانونى الصادر من جانب واحد (٣) ، بشرط أن يكون هذا التصرف موجها الى شخص معين ، لأن الصورية نتيجة اتفاق ولايتصور الاتفاق الا من شخصين يتعاملان معا . فالتنازل عن حق عينى ، أو الابراء من دين ، أو انهاء عــلاقة قانونية قائمة (٤) ، كل هذا يتم بتصرف قانونى من جانب واحد ، وقــد يكون

= لصالح المطعون ضدها الاولى تأسيسا على المادة ٢٣٧ من القانون المدنى ، وكان الطاعنون قد اضافوا الى ذلك طلبا آخر هو الحكم لهم بصحة ونفــاذ عقد مورثهم الابتدائى ، فان اضافة مثل هذا الطلب ليس من شأنها أن تهدر الطلب الاصيل فى الدعوى وهو عدم نفاذ حكم مرسى المزاد فى حقهم عمــلا بأحكام الدعوى البوليصية ولا تأثير لها عليه ، واذ كيفت المحكمة دعــوى الطاعنين بأنها مفاضلة بين حكم مرسى المزاد وعقد البيع الابتدائى لمجرد هذه الاضافة ولما بين الطلبين من تفاوت فى الاثر القانونى لكــل منهما ، دون ان تعرض لبحث طلب عدم نفاذ حكم مرسى المزاد استقلالا ، تكون قد خالفــت القانون واخطأت فى تطبيقه : نقض مدنى فى ٣ مارس سنة ١٩٧٦ مجمــوعة أحكام النقض السنة ٢٧ رقم ١١٠ ص ٥٤١ .

(١) انظر فى تكييف العلاقة ما بين المشترى الظاهر الذى يحتفظ بحــق اختيار الغير والمشترى المستتر بأنها وكالة اذا أعمل المشترى الظاهر حقــه فى اختيار الغير ، وليست بوكالة اذا لم يختر أو اختار بعد الميعــاد : نقض مدنى ٩ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٨١ ص ٣١٢ .

(٢) ديموج ١ ص ٢٦٨ . ولا صورية فى عقد يمكن تصحيحه من دليل داخل فى العقد ذاته (intrinsèque) لا من دليــل خــارج عن العقــد (intrinsèque) (بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٧٤) .

(٣) قارن دى باج ٢ فقرة ٦٢٤ ص ٥٩٠ .

(٤) الاستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢١٢ .

هذا التصرف صوريا اذا اتفق الطرفان على أن التنازل أو الابراء أو انهاء العلاقة القانونية لايقع ، وأن الحق العينى أو الدين أو العلاقة القانونية كل هذا يبقى قائما بالرغم من التصرف الصورى (١) .

وكما تكون الصورية فى العقود والتصرفات يصح أيضا أن تكون فى الأحكام ، وبخاصة أحكام رسو المزاد التى لا تتعدى مهمة القاضى فيها مجرد استيفاء الاجراءات الشكلية ثم ايقاع البيع لمن يظهر أن المزاد قد رسا عليه (٢) .

الفرع الثانى
أحكام الصورية

٦١٧ — **النصوص القانونية** : تنص المادة ٢٤٤ من التقنين المدنى على ما يأتى :

---

(١) أما اذا كان التصرف غير موجه الى شخص معين ، كوعد بجائزة موجه الى الجمهور ، فان الصورية لا تتصور فيه ، فاذا كان الواعد غير جاد فى وعده ، لم تكن هناك صورية بل كان هذا اختلافا بين الارادة الظاهرة والارادة الحقيقية قريبا من التحفظ الذهنى (ديموج ١ فقرة ١٦٤ ص ٢٦٧) .

(٢) نقض مدنى ١١ ديسمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢٨ ص ٣٩١ — الاستاذ احمد نشأت فى الاثبات ١ فقرة ٢٥١ — انظر فى عدم جواز الصورية فى الزواج والاقرار بالبنوة وجوازها فى الشركات : بيدان ولا جارد ٩ فقرة ٩٧٥ — فقرة ٩٧٦ — وقارن دى باج فقرة ٦٢٤ ص ٥٩٠ .

وقد قضت محكمة النقض بأن الصورية كما ترد على العقود ترد على الاحكام وبخاصة احكام رسو المزاد التى لا تتعدى مهمة القاضى فيها مجرد مراقبة استيفاء الاجراءات الشكلية ثم ايقاع البيع لمن يظهر أن المزاد رسا عليه ، فان الحكم المطعون فيه اذ أقام قضاءه على ما خلص اليه من صورية دين النفقة واجراءات التنفيذ به التى انتهت الى ايقاع البيع على الطاعنة صورية قوامها تواطؤ الطاعنه مع المطعون عليه الثانى بقصد الاضرار بالمطعون عليها الاول ، فانه يكون قد كشف عن بيان الصورية التى اقتنعت بها محكمة الموضوع ، ولايكون قد خالف القانون اذا اعمل الاثر القانونى المترتب على هذه الصورية وهو اهدار حكم مرسى المزاد والقضاء للمطعون عليها الاولى بصحة ونفاذ العقد : نقض مدنى فى ١٧ يناير سنة ١٩٧٨ مجموعة احكام النقض السنة ٢٩ رقم ٤٧ ص ٢١٨ .

« ١ — اذا أبرم عقد صورى ، فلدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسنى النية ، أن يتمسكوا بالعقد الصورى ، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى أضر بهم » .

« ٢ — واذا تعارضت مصالح ذوى الشأن ، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر ، كانت الأفضلية للأولين » .

وتنص المادة ٢٤٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« اذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر ، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقى (١) » .

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن أحكامها كانت مطبقة دون نص ، فقنن التقنين الجديد القضاء المصرى فى ذلك (٢) .

---

(١) تاريخ النصوص :
م ٢٤٤ : ورد هذا النص فى المادة ٣٢٤ من المشروع التمهيدى على نحو يكاد يكون مطابقا لما استقر عليه فى التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة بعد تعديلات لفظية طفيفة جعلته مطابقا لما استقر عليه ، وأصبح رقمه ٢٥١ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٤٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٣٦ — ص ٦٣٨) .
م ٢٤٥ : ورد هذا النص فى المادة ٣٢٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — يكون العقد المستتر هو النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام ، ولا أثر للعقد الظاهر فيما بينهم . ٢ — اذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر ، فالعقد الحقيقى هو الصحيح مادام قد استوفى شروط صحته » . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الأولى ، واكتفى بالفقرة الثانية بعد تعديلها على وجه جعلها مطابقة لما استقر عليه النص فى التقنين الجديد ، وأصبح رقم المادة ٢٥٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٤٥ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٦٣٩ وص ٦٤٦ — ص ٦٤٧) .
(٢) على أن التقنين المدنى السابق اشتمل على نص خاص بالهبة =

وتقابل هذه النصوص فى التقنينات المدنية العربية الاخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٢٤٥ — ٢٤٦ ، وفى التقنين المدنى العراقى م ١٤٧ — ١٤٩ ، وفى التقنين المدنى الليبى م ٢٤٧ — ٢٤٨ ، وفى تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ١٦٠ — ١٦١ ، وفى التقنين المدنى الكويتى م ١٩٩ — ٢٠٠ [١] .

= المستترة فى صورة عقد آخر ، وهذا ضرب من ضروب الصورية كما قدمنا ، فنصت المادة ٤٨/٧٠ من هذا التقنين على ان « تنتقل الملكية فى الاموال الموهوبة ، منقولة كانت أو ثابتة ، بمجرد الايجاب من الواهب والقبول من الموهوب له . انما اذا كان العقد المشتمل على الهبة ليس موصوفا بصفة عقد آخر ، فلا تصح الهبة ولا القبول الا اذا كانا حاصلين بعقد رسمى ، والا كانت الهبة لاغية » . وقد تضمنت الفقرة الأولى من المادة ٤٨٨ من التقنين المدنى الجديد هذا الحكم على الوجه الآتى : « تكون الهبة بورقة رسمية والا وقعت باطلة ، مالم تتم تحت ستار عقد آخر » .

أنظر فى اقتضاب التقنين المدنى السابق فى موضوع الصورية نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٥٢ .

(١) التقنينات المدنية العربية الاخرى : التقنين المدنى السورى : م ٢٤٥ — ٢٤٦ (مطابقتان لنصوص التقنين المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ١٤٧ — ١٤٨ (مطابقتان لنص المشروع التمهيدى ، ولأحكام التقنين المصرى) .

م ١٤٩ : لايجوز الطعن بالصورية فى التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها فى دائرة الطابو . (والسبب فى ذلك أن نظام التسجيل العراقى هو نظام السجل العقارى (Livre foncier) ، وجهة التسجيل هناك تسمى الطابو عن اللغة التركية ، ومتى سجل العقد انتقل الحق العينى بقوة التسجيل ، فلم يعد هناك محل للطعن فى العقد بالصورية) .

التقنين المدنى الليبى م ٢٤٧ — ٢٤٨ (مطابقتان لنصوص التقنين المصرى) .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ١٦٠ : ان الأوراق السرية التى يراد بها تعديل سند رسمى أو سند ذى توقيع خاص لايسرى مفعولها الا بين المتعاقدين وخلفائهم العموميين .

م ١٦١ : ان دائنى المتعاقدين وخلفاءهم الخصوصيين الذين أنشىء السند الظاهرى احتيالا للاضرار بهم ، يحق لهم أن يقيموا دعوى اعلان التواطؤ وأن يثبتوه بجميع طرق الاثبات .

(والأحكام لا تختلف عما هى عليه فى التقنين المصرى ، وان اختلفت العبارة : انظر الدكتور صبحى المحمصانى فى آثار الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٦٨ — ص ٧١)

=

ويتبين من هذه النصوص أن أحكام الصورية بالنسبة الى المتعاقدين والخلف العام تختلف عن أحكامها بالنسبة الى الغير أى الدائنين والخلف الخاص . فنبحث : ١ — أحكام الصورية بالنسبة الى المتعاقدين والخلف العام ٢ — أحكام الصورية بالنسبة الى الغير ٣ — الصورية من حيث الدعوى وطرق الاثبات .

المبحث الاول

أحكام الصورية بالنسبة الى المتعاقدين والخلف العام

٦١٨ — العقد الظاهر لا وجود له : رأينا أن المادة ٢٤٥ من التقنين المصرى تقضى بأنه « اذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر ، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقى » . ويترتب على ذلك أن العقد الظاهر ، فيما بين المتعاقدين والخلف العام ، لا وجود له ، فلا يعمل به . وهذا ما يقتضيه مبدأ سلطان الارادة ، ذلك أن المتعاقدين انما أرادا العقد المستتر لا العقد الظاهر ، فوجب أن يلتزما بما أراداه لا بما لم يريداه (١) .

= التقنين المدنى الكويتى م ١٩٩ : اذا ابرم عقد صورى كانت العبرة بالحقيقة ، فيما بين المتعاقدين والخلف العام لكل منهما ، وسرى بينهم العقد المستتر ، اذا توافرت له أركانه دون العقد الظاهر .

م ٢٠٠ : ١ — اذا ابرم عقد صورى ، كان لدائنى كل من المتعاقدين وللخلف الخاص لاى منهما أن يثبتوا الصورية بجميع الوسائل ويتمسكوا بالعقد المستتر ، كما ان لهم أن يتمسكوا بالعقد الصورى اذا كانوا لايعلمون بالصورية . ٢ — واذا تعارضت مصالح ذوى الشأن ، بأن تمسك البعض بالعقد الصورى ، وتمسك الآخرون بالعقد المستتر ، كانت الافضلية للأولين .

(والأحكام الواردة بهذين النصين لا تختلف فى مضمونها عن احكام التقنين المدنى المصرى) .

(١) استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣٦ — ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠٣ — أول فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٩٥ — ١٣ أبريل سنة ١٩٢٦م ٣٨ ص ٣٤٦ — شبين الكوم الكلية ١١ مارس =

ومن ثم اذا باع شخص عينا من آخر بيعا صوريا واحتفظ بورقة الضد ، ففيما بين البائع والمشترى لا وجود للبيع . ويبقى البائع مالكا للعين ، وله حق التصرف فيها ، ويستطيع أن يبيعها بيعا جديا بعد ذلك الى مشتر ثان والمشترى الثانى هو الذى تنتقل اليه الملكية ، وليس للمشترى الصورى الاول أن يحتج بعقد البيع الصورى على المشترى الثانى ولو سجل البيع الصورى قبل تسجيل البيع الجديد(١) كذلك اذا مات البائع ، فالعين الباقية فى ملكه تنتقل بالميراث الى وارثه الخلف العام ، اذ العبرة بالنسبة الى الخلف العام بالعقد الحقيقى أيضا لا بالعقد الصورى (٢) .

= سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٢٩ ص ٦٤٦ — وقد حاولت بعض محاكم فرنسا الاستئنافية أن تجعل العقد الظاهر هو الذى يسرى فى العلاقة فيما بين المتعاقدين على أساس القاعدة التى تقضى بأنه لايجوز للشخص أن يتمسك بالغش الصادر منه(Nemo auditur propriam turpitudinem allegans) ولكن هذا الرأى لم يسد ، وقد قدمنا أن المتعاقدين فى الصورية لايغش أحدهما الآخر حتى لايجوز له أن يتمسك بغشه ، بل الاثنان متواطئان معا على الصورية .

انظر أيضا المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٦٤٦ .

(١) فاذا كان التصرف الذى يستند اليه المشترى الأسبق فى التسجيل تصرفا صوريا وكانت الصورية مطلقة ، فان تسجيل هذا التصرف لاينقل الملكية الى المشترى وبالتالى فانه لايفضل على غيره من المشترين — محمد على عمران ، عقد البيع فى القانون المدنى المصرى فقرة ٨٨ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى الى ان التصرف لم يكن منجزا وانه يخفى وصية فلا يكون لتسجيل العقد حال حياة البائع اى اثر فى تصحيح التصرف أو نقل الملكية لان التسجيل لا يصحح عقدا باطلا كما انه لايحول دون الطعن فى العقد بانه يخفى وصية (نقض مدنى فى ٩ من يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ رقم ١٠ ص ٤٣) .

كما قضت محكمة النقض بانه اذا ثبتت صورية عقد البيع صورية مطلقة فانه يكون باطلا ولايترتب عليه نقل ملكية القدر المبيع ولو كان مسجلا اذ ليس من شأن التسجيل أن يصحح عقدا باطلا . (نقض مدنى فى ٢٧ من مايو سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ رقم ١٠٥ ص ٦٥٥) .

(٢) الاستاذ سليمان مرقص فى الاثبات فقرة ٢٠٩ ص ٣٨٩ =

وعلى النقيض من ذلك لا يكون المشترى الصـــــورى مالكا للعين (١) • وكذلك وارثه لا تنتقل اليه ملكية العين بالميراث ، اذا مات المشترى الصورى (٢) •

ولكن اذا لم يكن للعقد الصورى وجود كتصرف قانونى فيما بين المتعاقدين والخلف العام ، فان له مع ذلك وجودا ماديا قد يتـرتب عليه أثر قانونى • فالتصرف الصورى الصادر من الموصى له فى العين الموصى بها يعتبر قبولا ضمنيا للوصية ، وكذلك التصرف الصـورى الصادر من الوارث فى عين من أعيان التركة يعتبر قبولا للميراث فى القانون الفرنسى (٣) •

٦١٩ — **والعبرة بالعقد الحقيقى** : فالذى يعتد به اذن ، فيما بين المتعاقدين والخلف العام ، كما يقول صريح النص فى المادة ٢٤٥ مدنى، انما هو العقد الحقيقى • وقد رأينا فى المثل السابق أننا اعتددنا بورقة الضد ، وهى التى تعبر عن الموقف الحقيقى ، فيما بين المتعاقـدين والخلف العام • فالبائع الصورى يبقى مالكا للعين وتنتقل منه الملكية

= استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٨ — ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٣٢ — ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٤ •

(١) ولكنه اذا تصرف فيها فانتقلت الى خلف خاص ، كان الخلف الخاص من الغير واستطاع أن يحتج بالعقد الصورى كما سنرى • ومن ثم أمكـن الاستاذ فلاتيه (Flattet) فى كتابه « العقود لحساب الغير » أن يجعل البائع والمشترى الصوريين شريكين فى حق واحد (cotitulaires de droit) (فلاتيه فى العقود لحساب الغير فقرة ١٢٠ — فقرة ١٣٣) •

(٢) هذا مالم يكن الوارث قد اشترى العين من مورثه قبل موته بعقد جدى وهو حسن النية ، فيصبح الوارث هنا من الغير وتنتقل اليه الملكيـة بالبيع لا بالميراث ، ولا يحتج عليه بالعقد المستتر مادام لايعلم به (استئناف مصر ٩ مارس سنة ١٩٤٣ المجموعة الرسمية ٤٤ ص ١٣) • واذا طعـن الوارث بالصورية فى تصرف صدر من مورثه اضرارا بحقـوقه فى الارث ، فانه لايصبح غيرا ، ولكن له فى هذه الحالة ان يثبت الصورية بجميع الطرق لوجود تحايل على القانون ، وسيأتى بيان ذلك •

(٣) ديموج ١ ص ٢٦١ — ص ٢٦٣ •

الى وارثة ، والمشترى الصورى لا تنتقل اليه ملكية العين ومن ثـم لا تنتقل منه هذه الملكية الى وارثه (١) •

ولما كانت الصورية كثيرا ما تستعمل لخديعة الغير وللتحايل على القانون ، فقد كانت تختلط بالغش ، وكان كلا العقدين الظاهر والمستتر يعتبر باطلا • ولم يميز القضاء الفرنسى بين الغش والصورية الا فى النصف الثانى من القرن التاسع عشر (٢) ، فاقتصر فى الصورية على منع تحقيق الاغراض غير المشروعة التى يراد الوصول اليها من طريق الصورية ، واكتفى بذلك دون أن يجاوزه الى ابطال العقد الحقيقى الذى قصد اليه المتعاقدان • وهذا هو ما تقضى به المادة ١٣٢١ مـن التقنين المدنى الفرنسى ، اذ تنص على أن « العقود المستترة لا تنتج أثرها الا فيما بين المتعاقدين ، ولا يكون لها أثر ضد الغير (٣) • وهـو

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بانه متى أنتهى للحكم الى اعتبار عقـد البيع عقدا صوريا ساترا لعقد حقيقى فانه اذ رتب على ذلك ان العقد الذى ينفذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقى — أى ورقة الضد — يكون قد طبق المادة ٢٤٥ من القانون المدنى تطبيقا صحيحا ولايمنع مـن نفاذ هذا العقد الحقيقى فى حق المشترى أن يكون قد وضع يده على المبيع اذ أن وضع يده فى هذه الحالة لايعدو ان يكون مظهرا من مظاهر سـتر الصورية • (نقض مدنى فى ٢٠ من ابريل سنة ١٩٦٧ مجموعة احـكام النقض السنة ١٨ رقم ١٣٠ ص ٨٥٠) •

(٢) ديموج ١ ص ٢٥٩ هامش رقم ٣ •

(٣) هذا هو النص المقتضب الذى تضمنه التقنين المدنى الفـرنسى فى الصورية ، وقد ورد فى مكان غير مناسب هو باب اثبات الالتزام • وقـد تضمنت التقنينات الحديثة نصوصا عامة فى الصورية • فقضت المادة ١١٧ من التقنين المدنى الألمانى يجعل العقد الحقيقى هو الذىيسرى دون العقد الظاهر ، حتى بالنسبة الى الغير • أما تقنين الالتزامات السويسرى (م ١٨ فقرة ٢) فقد قضى ، على العكس من ذلك ، بسريان العقد الظاهر • وجاءت نصوص المشروع الفرنسى الايطالى أحكم من نصوص التقنينين المتقدمـين وأكثر استيعابا للموضوع ، فنصت المادة ٤٩ من هذا المشروع على انه « فى حالة الصورية لا ينتج العقد االظاهر اثرا فيما بين المتعاقـدين ، واذا قصد المتعاقدان ، باتخاذهما شـكل عقد معين ، أن يبرما عقدا آخر ، فهـذا العقد الاخير يكون صحيحا اذا توافرت فيه كل الشروط الموضوعية اللازمة لصحته ، ويجوز لدائنى المتعاقدين وللغير أن يتمسكوا بالعقد الظاهر اذا =

ما استقر عليه الفقه والقضاء فى فرنسا (۱) ، وما استقر عليه الفقه والقضاء فى مصر (۲) حتى فى عهد التقنين المدنى السابق الذى لم

= كانوا حسنى النية ، ويجوز لهم ايضا أن يثبتوا الصورية التى وقعت اضرارة بهم ؛ ويجوز اثبات الصورية بكل الطرق حتى فيما بين المتعاقدين » . ونصت المادة ٥٠ على أن «العقود المستترة التى لم يقرر القانون بطلانها تنتج أثرها فيما بين المتعاقدين وخلفهما العام ، ولايجوز التمسك بها على من لم يكن طرفا فيها ، ولكن هؤلاء لهم أن يتمسكوا بها » . ويلاحظ أن المشروع الفرنسى الايطالى لم يخرج على القواعد العامة فى أحكام الصورية الا فى مسألة واحدة ، وهى اثبات الصورية فيما بين المتعاقدين ، فقد أجاز هذا الاثبات بجميع الطرق .

(۱) ديمولومب ۲٤ فقرة ۳۷۰ — أوبرى ورو ۱ فقرة ۳٥ — بودرى وبارد ٤ فقرة ۲٤۰۰ — ديموج ۱ فقرة ۱٦۰ و ۷ فقرة ۱۱٤۳ — بلانيول ورييير وأسمان ٦ فقرة ۳۳٥ — نقض فرنسى ٦ مارس سنة ۱۸۸۳ داللوز ۸٤ — ۱ — ۱۱ — ۳۰ مايو سنة ۱۹۰۰ ، سيريه ۱۹۰۱ ۱ — ۲۷ — ۲ مارس سنة ۱۹۰٤ داللوز ۱۹۰٤ — ۱ — ٦۱٥ — ۱۲ مارس سنة ۱۹۱۸ سيريه ۱۹۲۰ — ۱ — ۷۱ .

(۲) دى هلتس ۱ لفظ (acte) فقرة ۱۰۲ — والتون ۲ ص ۱۳۲ — ۱۳۳ — الاستاذ محمد صالح فى الالتزامات فقرة ۳۱٥ — مذكرات الاستاذ محمد صادق فهمى فقرة ٥٤۲ ، وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الدعوى بصورية عقد لا تكفى للحكم ببطلانه ، وانما يجب بيان العلة التى من أجلها تحرر العقد الصورى ، لان الصورية وحدها لا تقتضى بطلان العقد ، وانما يبطل اذا كان الغرض من الصورية مخالفة القوانين (۳۰ نوفمبر سنة ۱۹۲۷ المحاماة ۸ رقم ۳۱۰ ص ٤۷۷) . وقضت محكمة النقض بأن ورقة الضد غير المسجلة يجوز الاحتجاج بها على طرفيها ولو كانت فى صيغة تفاسخ ، متى كان الثابت انها ليست فى حقيقتها تفاسخا بل اقرارا بصورية عقد آخر أفرغ فى صورة تفاسخ ، كما أنه يصح أن يواجه بها الغير ولو كانت غير مسجلة متى ثبت علمه بها (نقض مدنى أول ديسمبر سنة ۱۹٤۹ مجموعة أحكام النقض ۱ رقم ۱۳ ص ٤۸) . انظر أيضا : استئناف أهلى ۲۷ يناير سنة ۱۹۰۰ الحقوق ۱٥ ص ٤٤ — استئناف مصر أول مايو سنة ۱۹۲۸ المحاماة ۹ رقم ۱۲۳ ص ۲۱٦ — استئناف مختلط ٥ يونيه سنة ۱۸۷۹ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٤ ص ۳۷٦ — ۱٥ مارس سنة ۱۸۸۸ بوريللى بك م ۲۹۳ رقم ٥ — ۱۱ فبراير سنة ۱۸۹۲ م ٤ ص ۱۰۸ — ۱۸ ديسمبر سنة ۱۸۹٥ م ۸ ص ٤۳ — ۱۲ يناير سنة ۱۸۹۸ م ۱۰ ص ۹٥ — ٤ أبريل سنة ۱۹۰۱ م ۱۳ ص ۲۳٥ — ٥ ديسمبر سنة ۱۹۰۱ م ۱٤ ص ۳٦ — ۲۷ مارس سنة ۱۹۰۲ م ۱٤ ص ۲۳۲ — ۱۹ مارس سنة ۱۹۰۳ م ۱٥ ص ۲۰۳ — أول فبراير سنة ۱۹۰٥ م ۱۷ ص ۹٥ — ۱۳ مايو سنة ۱۹۰۹ م ۲۱ ص ۳۸٤ — ۲۲ فبراير سنة ۱۹۱٦ م ۲۸ ص ۱٦۳ — ۷ مارس سنة =

يشتمل على النصوص التى اشتمل عليها التقنين المدنى الجديد ، وذلك لاتفاق هذه الاحكام مع القواعد العامة ، وقد قنن القضاء المصرى كما قدمنا فى المادتين ٢٤٤ و ٢٤٥ من التقنين المدنى الجديد .

٦٢٠ — وجوب اثبات العقد الحقيقى والشروط الواجب توافرها فيه : وأى من الطرفين يريد أن يتمسك بالعقد المستتر فى مواجهة العقد الظاهر يجب عليه هو أن يثبت وجود العقد المستتر الذى يريد التمسك به ، وفقا لقواعد الاثبات التى سنبينها فيما يلى . أما اذا لم يستطع أن يثبت أن هناك عقدا مستترا ، فالعقد الظاهر هو الذى يعمل به ، ويعتبر عقدا جديا لا صوريا (١) .

فاذا ما ثبت وجود العقد المستتر ، وجب أن تتوافر فى هذا العقد ، حتى يسرى فيما بين المتعاقدين ، جميع الشروط الموضوعية التى يتطلبها القانون (٢) . فعقد الهبة المستتر فى صورة البيع مثلا

= ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٢٣ — ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨٥ — ٩ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨٤ .

(١) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٧٥ — ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا طعنت البائعة على العقد بعدم صحة ما اثبت فيه من انه عقد بيع ، وان الثمن المسمى فيه قد دفع وأن الصحيح هو انه يستر وصية ولم يدفع فيه اى ثمن ، فان ذلك منها طعن بالصورية النسبية بطريق التستر ، وعليها يقع عبء اثبات هذه الصورية ، فان عجزت وجب الاخذ بظاهر نصوص العقد ، لانها تعتبر عندئذ حجة عليها : نقض مدنى فى ٥ يناير سنة ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ رقم ١ ص ٣ .

كما قضت محكمة النقض بأن التمسك بأن عقد البيع يستر وصية هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر ، ويقع على الطاعن — وارث البائعة — عبء اثبات هذه الصورية ، فان عجز ، وجب الاخذ بظاهر نصوص العقد الذى يعد حجة عليه : نقض مدنى فى ٢٦ يونيه ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ رقم ٢٥٠ ص ١٣١٤ .

(٢) بلانيول وريبير واسمان ٦ ص ٤٦٢ هامش رقم ١ — أوبرى ورو طبعة سادسة ١ فقرة ٣٥ ص ٢٢٥ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ١٩٠ — فقرة ١٩١ .

يجب أن يصدر من ذى أهلية للهبة ، وأن تتوافر فيه أركان الهبة الموضوعية وشروط صحتها (١) . فاذا توافر كل ذلك ، أجريت على العقد أحكام الهبة لا أحكام البيع ، فيجوز الرجوع فيه الا لمانع ، ويحسب من نصيب الموهوب له فى الميراث فى القانون الفرنسى (٢) ،

---

(١) ويجب أن يكون العقد المستتر مباحا ، فان كان غير مباح كان باطلا ، حتى لو ستره عقد مباح . مثل ذلك ما تقضى به المادة ٩١١ من التقنين المدنى الفرنسى من أن الهبة لشخص غير أهل لقبولها تكون باطلة ولو كانت مستترة . بل قد يبيح القانون العقد الظاهر فى نفسه والعقد المستتر فى نفسه ، ولكن لايبيح أن يجتمع العقدان ليستر الاول منهما الثانى . مثل ذلك ما كانت المادة ٣٣٩/٤٢٢ من التقنين المدنى السابق (المعدلة بالقانونين رقم ٤٩ و ٥٠ لسنة ١٩٢٣) تقضى له من أنه اذا كان الشرط الوفائى مقصودا به اخفاء رهن عقارى ، فان العقد يعتبر باطلا لا اثر له ، سواء بصفته بيعا أو رهنا . ففى هذا الفرض كان البيع الوفائى مباحا فى ذاته ، وكذلك رهن الحيازة ، ولكن غير مباح أن يستتر رهن الحيازة فى صورة بيع وفائى ، فاذا وقع ذلك كان كل من رهن الحيازة والبيع الوفائى باطلا لاعتبارات ترجع الى النظام العام . انظر فى بطلان العقد المستتر والعقد الصورى للسبب غير المشروع : بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٧٨ .

وفى قضية أخذت محكمة الاستئناف المختلطة المتعاقدين — لا الغير — بالعقد الصورى لا بالعقد الحقيقى جزاء لهما على الغش ، فقضت بأن المشترى لايجوز له رفض ما يعرضه الشفيع من الثمن الوارد فى العقد بدعوى انه اقل من الثمن الحقيقى . اذا ثبت أن المشترى والبائع قد اتفقا على ذلك حتى ينقصا من قيمة الرسوم التى يجب دفعها للخزانة ، ومن جهة اخرى لايجوز للبائع فى هذه الحالة أن يرجع على المشترى بالفرق فى الثمن (٢٢ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٠) . ويلاحظ فى هذه القضية أن المحكمة قد أوقعت عقوبة على البائع جزاء غشه للخزانة دون نص يخول لها ذلك ، فالبائع قد اضطر الى قبول ثمن اقل مما باع به مع أن العقد الحقيقى هو الذى يجب أن يسرى فى علاقته بالشفيع ، اذ الشفيع لايعتبر من الغير حتى يخير بين العقد الظاهر والعقد الحقيقى ، وان كانت محكمة النقض اعتبرته من الغير فى قضية مماثلة . وسنعود الى هذه المسألة (انظر الفقرة التالية) .

(٢) كذلك يجب انقاص الهبة (réduction) حتى تصل الى الحد المسموح به (disponible quontité) بالنسبة الى الورثة اذا كانت الهبة لوارث فى القانون الفرنسى ، ويلاحظ أن هذه الأحكام — انقاص الهبة وحسابها من نصيب الوارث — تسرى فى علاقة الموهوب له بالورثة ، وهؤلاء يعتبرون من الغير فى مثل هذه الحالة (نظرية العقد للمؤلف ص ٨٣٧ هامش رقم ٣) .

ويعتبر تبرعاً لا معاوضة من حيث الدعوى البوليصية (١) .

أما من حيث الشكل ، فلا يشترط فى العقد المستتر أن تتوافر فيه الشكلية التى قد يتطلبها القانون لو لم تكن هناك صورية . فالهبة — ولو كانت هبة منقول (٢) — فى صورة بيع لاتشترط فيها ورقة رسمية (أنظر المادة ٤٨٨ فقرة أولى مدنى) ، ويكفى أن يكون العقد الظاهر بيعاً فى شكله وفى موضوعه (٣) . واذا أفرغ العقد الظاهر فى

---

(١) بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٧٣ — فلا يشترط فى القانونين المصرى والفرنسى أن يثبت دائن الشخص الذى صدرت منه هبة فى صورة بيع سوء نية الموهوب له ، ولا يشترط فى القانون المصرى اثبات سوء نية الواهب نفسه .

(٢) نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٩٦ فقرة ٥٧٣ .

(٣) بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٧٣ — نقض مدنى ٢٨ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١ ص ٤٧ — فيجب اذن توافر الشروط الشكلية والموضوعية فى العقد الظاهر . وعلى هذا الراى سارت محكمة الاستئناف الأهلية فى دوائرها المجتمعة فيما يتعلق بالهبة المستترة فى صورة البيع ، فيشترط أن يكون البيع الصورى بيعاً كاملاً فى مظهره ومن حيث استكماله للشروط الموضوعية ، فاذا نص على هبة الثمن بطل العقد حتى فيما بين المتعاقدين (أول مايو سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٤٢ ص ٦٨) . وقد كان القضاء المختلط يميل الى جواز أن ينص على هبة الثمن (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٩٧ — ١١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٨٦ — ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٥٥ — ٢٨ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣١٦) . قارن الاستاذ أحمد نشأت فى الاثبات ١ فقرة ٢٤٦ . وهذه مسألة مختلف فيها فى فرنسا ، فرأى يشترط توافر الشروط الموضوعية (نقض فرنسى ٢٠ ابريل سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٣ — ١ — ٤١٣ — ٢٢ ابريل سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٤ — ١ — ١٩٣) ، ورأى لايشترط (نقض فرنسى ٣ ديسمبر سنة ١٩١٢ سيريه ١٩١٤ — ١ — ٣٨٨) ، وانظر فى هذه المسألة ديموج ١ فقرة ١٦٧ ص ٢٧٠ — ص ٢٧٢ .

واذا ابرم وصى عقداً صورياً عن القاصر مما يجب فيه اذن المحكمة الحسبية ، فالعقد الصورى لايكون له اثر بالنسبة الى الغير الا اذا اشتمل على اذن المحكمة الحسبية ، والعقد المستتر ذاته يجب الحصول فيه على الاذن ليكون صحيحاً حتى فيما بين المتعاقدين ، مالم يقتصر على تقرير صورية العقد الظاهر (انظر فى هذا المعنى بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٧٤) .

ورقة رسمية ، فانه يجوز مع ذلك أن يحتوى العقد المستتر سند عرفى (١) .

المبحث الثانى

احكام الصورية بالنسبة الى الغير

٦٢١ — تحديد من هو الغير فى الصورية : قدمنا أنه يجب التمييز فى الصورية بين المتعاقدين والغير . والغير فى الصورية يحتاج الى التحديد ، فقد رأينا أن الغيرية تختلف باختلاف الوضع القانونى الذى تواجهه ، فالغير فى الصورية يختلف عن الغير فى أثر العقد : وعن الغير فى التسجيل ، وعن الغير فى القيد ، وعن الغير فى التاريخ الثابت ، وعن الغير فى حجية الحكم (٢) .

والوضع القانونى فى الصورية الذى يكون أساسا فى تحديد معنى « الغير » يتلخص فى وجوب حماية كل من اعتمد على العقد الصورى واطمأن اليه ، معتقدا بحسن نية أنه عقد حقيقى فبنى عليه تعامله (٣) . فاستقرار التعامل يقضى فى هذه الحالة — كما تقضى العدالة — أن يعتبر العقد الصورى بالنسبة اليه عقدا قائما ينتج أثره اذا كانت له مصلحة فى ذلك (٤) . وهذا الاساس فى تحديد معنى « الغير » فى الصورية يقتضى أن يكون « غيرا » الفريقان الآتيان :

(أولا) كل من كسب حقا عينيا من أحد المتعاقدين على الشىء

---

(١) استئناف مختلط ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٧٧ — دى باج ٢ فقرة ٦٢٨ .

(٢) ويقصد بالغير فى الصورية كل من لم يكن طرفا فى العقد أو خلفا عاما لاحد طرفيه . فيعتبر من الغير دائنو المتعاقدين وخلفهما الخاص . الاستاذ اسماعيل غانم ، المرجع السابق فقرة ٩٠ .

(٣) استئناف مختلط ٢١ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٨٨ .

(٤) قارن الاستاذ سليمان مرقس فى الاثبات فقرة ٢٠٩ .

محل التصرف الصورى ، سواء كان هذا الحق سابقا للتصرف الصورى أو تاليا له (١) .

فلو باع شخص دارا من آخر بيعا صوريا ، فكل من كسب حقا عينيا على هذه الدار ، قبل التصرف الصورى أو بعده ، من البائع أو المشترى ، يعتبر من الغير فى البيع الصورى الذى تم (٢). مثل من يكسب الحق العينى من البائع قبل التصرف الصورى دائن مرتهن يرهن له البائع الدار ثم يبيعها بعد ذلك بيعا صوريا ، ومثل من يكسب الحق العينى من البائع بعد التصرف الصورى مشتر ثان يبيع منه البائع الدار مرة أخرى بيعا جديا بعد أن باعها بيعا صوريا . فكل من الدائن المرتهن والمشترى بعقد جدى يعتبر غيرا بالنسبة الى البيع الصورى ، ومن حقه أن يطعن فى هذا البيع بالصورية على النحو الذى سنبينه ، حتى يسلم له حقه الذى كسبه من البائع (٣) . ومثل من يكسب الحق

(١) استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٤ — نقض مدنى ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٩ ص ٣٨٧ مع تعليق الاستاذ محمد حامد فهمى ، ويشترط هذا الحكم خطأ أن يكون عقد الخلف الخاص سابقا على التصرف الصورى (انظر الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ١٧٥ هامش رقم ٢) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بان للمشترى الذى لم يسجل عقده ان يتمسك بصورية عقد المشترى الآخر الذى سجل عقده ، صورية مطلقة ليتوصل بذلك الى محو هذا العقد من الوجود لكى يحكم له هو بصحة عقده ويسجل هذا الحكم فتنتقل اليه ملكية العين المبيعة ، اذ لكونه دائنا فى الالتزامات المترتبة على عقد البيع الصادر له يكون له ان يتمسك بتلك الصورية أيا كان الباعث عليها لازالة جميع العوائق التى تصادفه فى سبيل تحقيق أثر عقده : نقض مدنى فى ٢٦ من مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ رقم ١٧٤ ص ١٢٧١ — كما قضت محكمة النقض بأنه يجوز لمن كسب من البائع حقا على المبيع — كمشتر ثان — ان يثبت بكافة طرق الاثبات صورية البيع الصادر من سلفه صورية مطلقة ليزيل جميع العوائق القائمة فى سبيل تحقيق اثر عقده ، ولو كان العقد المطعون فيه مسجلا ، فالتسجيل ليس من شأنه أن يجعل العقد الصورى عقدا جديا ، كما ان التسجيل لايكفى وحده لنقل الملكية بل لابد أن يرد على عقد جدى ، ويعتبر الخلف الخاص من الغير بالنسبة الى التصرف الصورى الصادر من البائع له الى مشتر آخر : نقض مدنى فى ٢٦ يونيه سنة ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ رقم ١٦٨ ص ٩٦٧ .

(٣) ويلاحظ أن الدائن الذى ارتهن الدار من البائع قبل صدور =

انعينى من المشترى بعد صدور التصرف الصورى له مشتر ثان يبيع منه المشترى الصورى الدار بيعا جديا بعد أن اشتراها بعقد صورى ، أو دائن مرتهن يرهن له المشترى الصورى الدار . فكل من المشترى بعقد جدى والدائن المرتهن يعتبر غيرا بالنسبة الى البيع الصورى ، ومن حقه أن يتمسك بهذا البيع على النحو الذى سنبينه ، حتى يسلم له حقه الذى كسبه من المشترى (١) . ويستوى أن يكون الشيء محل التصرف الصورى عينا أو دينا (٢) .

ويلاحظ أن هذا الفريق الاول ليس الا الخلف الخاص لاحد

= التصرف الصورى يندر أن تكون له مصلحة فى الطعن بالصورية ، لان حق رهنه محفوظ حتى لو كان البيع الصورى جديا . ومع ذلك يتفق أن تكون له مصلحة ، كما اذا لم يكن قد قيد الرهن قبل التصرف الصورى ، فله مصلحة فى اسقاط البيع الصورى حتى يستطيع أن يقيد رهنه . وحتى اذا كان قد قيد رهنه قبل صدور البيع الصورى ، فتبقى له مع ذلك مصلحة فى التمسك بصورية البيع حتى لا يتتبع العقار فى يد المشترى فيتحمل اجراءات التطهير . وفى بعض القضايا التى عرضت على محكمة الاستئناف المختلطة تبين أن الدائن المرتهن الذى قيد رهنه قبل التصرف الصورى الصادر من مدينه له مصلحة فى الطعن بالصورية ، فانه كان قد اتخذ اجراءات نزع ملكية العقار المرهون فى مواجهة المدين وحده دون الحائز ، فطعن فى تصرف المدين بالصورية حتى لا يحكم ببطلان هذه الاجراءات (٣ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٩ — أنظر أيضا : استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٦٩ — ٣ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٩٧) .

(١) ويترتب على ذلك انه لا يجوز للبائع ان يتمسك على الدائن المرتهن للعقار المبيع ، اذا كان هذا الاخير كسب حق الرهن من المشترى بسند مستتر جاء فيه أن المشترى لم يدفع الثمن خلافا لما ورد فى عقد البيع (استئناف مختلط ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٦٣) ، ولا يجوز أيضا التمسك بذلك قبل المشترى من المشترى (استئناف مصر ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٣٩ ص ٣١٧) .

(٢) وقد يكون الشيء محل التصرف الصورى هو دين صورى عقده المدين ، فيعتبر من الغير فى هذا الدين الصورى من كسب حقا عينيا على هذا الدين . فاذا حول الدائن فى هذا الدين الصورى الدين الى محال له يجهل صوريته ، كان المحال له غيرا ، ولا يستطيع المدين فى الدين الصورى أن يتمسك قبله بصورية الدين ، اذ للغير كما سنرى أن يتمسك بالعقد الصورى اذا كانت له مصلحة فى ذلك (بنى سويف ٦ اكتوبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ١٠٧ ص ١٧٢ — استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٨ — ٢٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٣٥ — ٧ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٠٩ — ٢٦ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ =

المتعاقدين فى البيع الصورى : خلفا خاصا للبائع أو خلفا خاصـــــــا للمشـــــترى •

ويلاحظ أيضا أن هذا الخلف الخاص قد كسب حقه من البائع أو من المشترى بسبب يغاير التصرف الصورى الصادر من البائـــــع الى المشترى • فالدائن المرتهن من البائع كسب حقه بعقد الرهن وهو غـــير البيع الصورى ، والمشترى بعقد جدى من البائع كسب حقه بعقـــــد البيع الجدى وهو عقد البيع الصورى ، وكذلك الحـــال بالنســـبة الى كل من المشـــــترى والدائن الـــذى أرتهن من المشـــــترى الـــدار • ويترتب على ذلك أنه لايعتبر غيرا من كسب حقه على العين محل التصرف الصورى بموجب هذا التصرف الصورى نفســه • فلو باع شخص دارا من آخر بعقد ذكر فيه ثمن أقل من الثمن الحقيقى للتخفف من رســـوم التسجيل ، فان الشفيع فى هذه الدار لايعتبر غيرا بالنسبة الى هـــذا البيع ، ولايحق له أن يتمسك بالثمن المذكور فى العقد للاخذ بالشفعة ، بل يجب أن يدفع الثمن الحقيقى اذا أثبته أى من البائع أو المشترى • ذلك أن الشفيع انما كسب حقه بالشفعة ، والشفعة سبب يدخل فيــه نفس البيع الذى ذكر فيه الثمن الصورى (١) ، فيكون قد كسب حقــه

= ص ٥٩) • وقد يكون الدين حقيقيا غير صورى ، ويحوله الدائن حوالة صورية فى هذه الحالة هما الدائن المحيل والمحال له • اما المدين المحال صورية ، فيكون طرفا الصورية فى هذه الحالة هما الدائن المحيل والمحال له • اما المدين المحال عليه فهو ليس بطرف فى الحوالة الصورية ، ولكنه لا يعتبر غيرا فيها ، اذ هو ليس بدائن ولا بخلف خاص لاى من طرفى الصـــــورية (أنظر الاستاذ أحمد نشأت فى الاثبات ١ فقرة ٢٤٩ وقارن الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٢٨) • فاذا دفع الدين للمحال له معتقدا بحسن نية أن الحوالة جدية ، كان الدفع صحيحا مبرئا لذمته ، لا لأنه من الغير فى الحوالة ومن حقه أن يتمسك بالعقد الصورى ، بل لانه دفع الدين الى الدائن الظاهر بحسن نية • واذا كان الدين المحال به حوالة صورية دينا متنازعا فيه ، وأراد المدين أن يتخلص منه بدفعه الثمن والمصروفات ، وعارض المحيـــل أو المحال له فى ذلك متمسكا بأن الحوالة صـــورية ، فيبدو لنا أن المدين لا يحق له التخلص من الدين بدفعه الثمن والمصروفات لانه ليس من الغير حتى يحق له التمسك بالعقد الصورى (قارن نظرية العقد ص ٨٣٣ هامش رقم ١ حيث أوردنا رأيا وأحكاما بعكس ذلك) •

(١) وقد سبق أن بينا أن الشفعة واقعة مركبة (fait complexe) اقترن فيها بيع العين المشـــفوعة مع الشيوع أو الجوار ، وهذه واقعـــة =

بموجب العقد الصورى ، فلا يعتبر غيرا فى هذا العقد . هذا الى أنه من الواضح أن الشفيع قد حل محل المشترى فى البيع ، فهو اذن ليس بخلف خاص للمشترى اذ لم يتلق منه الملكية ، وهو فى الوقت ذاته يعد أن حل محل المشترى قد أصبح طرفا مع البائع فى نفس العقد الصورى فلا يصح أن يكون خلفا خاصا للبائع (١) .

= مادية ، باعلان الشفيع رغبته فى الاخذ بالشفعة ، وهذا تصرف قانونى (الوسيط الجزء الاول (الطبعة الثالثة المجلد الأول) ص ١٦٦ هامش رقم ١) . فيدخل اذن فى تركيب الشفعة ، كسبب لكسب الملكية ، البيع الذى يأخذ فيه الشفيع بالشفعة ، ويعتبر هذا البيع بالنسبة الى الشفيع واقعة مادية كما سبق القول .

(١) ومع ذلك فقد جرى قضاء محكمة النقض على عكس هذا الرأى الذى نقول به . فقد قضت بأن الشفيع ، بحكم أنه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة ، يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع سبب الشفعة ، ومن ثم لا يحتج عليه الا بالعقد الظاهر . واذن فمتى كان الحكم المطعون فيه اذ قضى للمطعون عليها الأولى بالشفعة مقابل الثمن الوارد بالعقد المسجل الصادر من الشركة البائعة الى الطاعنين — ويقول الطاعنون ان بيوعا متعاقبة توسطت بينهم وبين الشركة باثمان أعلى ولكن لما كانت هذه البيوع عقودا عرفية لم تسجل فقد آثروا أن يصدر البيع راسا من الشركة اليهم بثمن صورى هو الثمن الذى تقاضته الشركة فى الحال — قد نفى بأدلة مسوغة علم المطعون عليها الأولى بأن الثمن الحقيقى يختلف عن الثمن الوارد بالعقد ، فان النعى عليه بمخالفة القانون يكون على غير أساس (نقض مدنى ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٩ ص ٤١١) كما قضت محكمة النقض بأن الشفيع — بحكم كونه صاحب حق فى اخذ العقار بالشفعة — يعتبر من الغير بالنسبة لطرفى البيع سبب الشفعة ، ولا يحتج عليه الا بالعقد الظاهر متى كان حسن النية : نقض مدنى فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ رقم ٢٨٤ ص ١٥١٥ .

وقد رأينا أن محكمة الاستئناف المختلطة (انظر آنفا فقرة ٦٢٠ فى الهامش) قد قضت بأن المشترى لا يجوز له رفض ما يعرضه الشفيع من الثمن الوارد فى العقد بدعوى أنه اقل من الثمن الحقيقى اذا ثبت أن المشترى والبائع قد اتفقا على ذلك حتى ينقصا من قيمة الرسوم التى يجب دفعها للخزانة ، ومن جهة اخرى لا يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يرجع على المشترى بالفرق فى الثمن (٢٢ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٠) . وقد أوردنا هذا الحكم فى كتاب « نظرية العقد » (ص ٨٣٥ هامش رقم ٤) ، وقلنا هناك ان المحكمة جعلت العقد الصورى هو الذى يسرى فيما بين المتعاقدين عقابا لهما على الغش فى حق الخزانة ، والعقوبة لا تكون الا بنص (انظر أيضا آنفا فقرة ٦٢٠ فى الهامش) ونقول هنا ، =

ويترتب على ذلك أيضا أنه اذا كان عقد الاشتراط لمصلحة الغير ما بين المشترط والمتعهد عقدا صوريا ، فانه يجوز للمتعهد أن يتمسك

= بالاضافة الى ما تقدم ، ان الشفيع لا يعتبر من الغير حتى يجوز له أن يتمسك بالعقد الظاهر .

ويؤيد الأستاذ اسماعيل غانم المبدأ الذى أخذت به محكمة النقض ، ويعتبر الشفيع غيرا له أن يأخذ بالثمن الوارد فى عقد البيع ولو كان أقل من الثمن الحقيقى ، ويقول ان القول بغير هذا « يؤدى الى نتيجة غير عادلة وهى سقوط الحق فى الاخذ بالشفعة اذا كان الشفيع قد أودع الثمن الظاهر وفات ميعاد الثلاثين يوما دون أن يعلم بالثمن الحقيقى » (أحكام الالتزام فقرة ١٣٠ ص ١٧٧ وهامش رقم ١) . ولكن هذا الاعتراض يسهل دفعه، فان الشفيع لا يلزمه أن يودع الا الثمن الوارد فى العقد ما دام لا يعلم بالثمن الحقيقى ، فاذا ثبت أن الثمن الحقيقى أكبر من الثمن الوارد فى العقد ، وجب عليه ان يبلغ ما أودعه الى مقدار الثمن الحقيقى حتى بعد فوات ميعاد الثلاثين يوما .

وللمبدأ الذى أخذت به محكمة النقض . ونقول بعكسه ، تطبيقات هامة أخرى . من ذلك أن الشفعة ، وفقا لهذا المبدأ ، تجوز فى البيع الصورى وفى البيع الساتر لهبة ، اذ يأخذ الشفيع بالعقد الظاهر وقد قضت محكمة النقض بأن الشفعة جائزة فى الهبة المستترة فى صورة البيع ، ذلك أن الشفيع ، بحكم أنه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة ، من طبقة الغير بالنسبة الى الطرفين المتعاقدين ، البائع والمشترى ، فله أن يتمسك بالعقد الظاهر دون العقد المستتر ، ومن ثم لا يجوز أن يحاج بالعقد المستتر الا اذا كان هذا العقد مسجلا أو كان هو عالما بصورية العقد الظاهر أو بوجود ورقة ضد (نقض مدنى ١٥ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام محكمة النقض ٣ رقم ١٦١ ص ١٠٦٣) — وقضت أيضا بأن الشفيع من الغير ، فلا يحتج عليه بغير العقد الظاهر ، ومن ثم يكون له الأخذ بالشفعة اعتمادا على العقد الظاهر ، دون نظر الى العقد المستتر (نقض مدنى ٢٥ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٠٤ ص ٦٣٥) وقضت بأن من المقرر قانونا أن ورقة الضد لا يحتج بها الا فيما بين العاقدين ، وأن للغير أن يتمسك بالعقد الظاهر ، وذلك سواء أكانت ورقة الضد ثابتة التاريخ أم كانت غير ثابتة ما دامت هى لم تسجل . فمتى كان العقد صريحا أنه بيع لا رهن ، فلا يجوز قانونا التمسك قبل الشفيع — وهو من طبقة الغير بالنسبة الى ذلك العقد — بأنه رهن لا بيع ، بناء على اقرار من البائع بذلك مقول انه صار ثابت التاريخ بوفاة بعض الشهود الموقعين عليه (نقض مدنى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦١ ص ٤٥٢) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة ، فى هذا المعنى أيضا ، بأنه لا يجوز التمسك على الشفيع بسند مستتر جاء فيه أن البيع =

قبل المنتفع بالصورية حتى لو كان المنتفع حسن النية لايعلم بصورية العقد . ذلك أن المنتفع لايعتبر غيرا فى هذه الصورية حتى يستطيع

= ليس الا ضمانا للمشترى لحق له فى ذمة البائع،حتى اذا دفع البائع الدين فسخ البيع (٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ — ص ٢٢٢) .

ولا نرى ، فى كل ما تقدم من التطبيقات ، ان الشفيع يعتبر غيرا فى الصورية ، فليس له أن يأخذ بالشفعة فى البيع الصورى ، ولا فى البيع الساتر لهبة ، ولا فى اى بيع يستر عقدا لا يجيز الاخذ بالشفعة . والأحكام التى اعتبرته غيرا لا تتمشى ، فى راينا ، مع منطق الغيرية فى الصورية على النحو الذى أوضحناه (انظر من هذا الراى الأستاذ أحمد نشأت فى الاثبات فقرة ٥١٤ مكررة ب عكس ذلك الأستاذ اسماعيل غانم فى احكام الالتزام فقرة ١٣٠ ص ١٧٧ وهامش رقم ٣) .

والظاهر من التحليل الذى قدمناه ان هناك طائفة — غير المتعاقدين والخلف العام — لا تدخل مع ذلك فى طبقة الغير . فهذه يسرى فى حقها العقد الحقيقى ، لأن هذا هو مقتضى تطبيق القواعد العامة ؛ اذ سريان العقد الصورى انما يكون استثناء على خلاف القواعد العامة وفى حق طبقة الغير دون غيرها . والشفيع يدخل فى هذه الطائفة المشار اليها ، فيسرى فى حقه العقد الحقيقى لا العقد الصورى . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الشفيع اذا أراد الاخذ بالشفعة من المشترى ، وباع المشترى العقار لمشتر ثان ، يستطيع أن يطعن فى البيع الثانى بالصورية ، حتى يأخذ العقار من المشترى الأول بشروط البيع الأول ، وقد تكون أصلح من شروط البيع الثانى (٢٣ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢١٢ ؛ وانظر أيضا استئناف أهلى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٦٩ — وقارب : استئناف مختلط ٣ ابريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨١) . وليس هذا معناه أن الشفيع ، اذ يطعن فى البيع الثانى بالصورية ، يكون غيرا ، فهو ليس من طبقة الغير كما قدمنا ، بل يسرى فى حقه دائما العقد الحقيقى دون العقد الصورى . وهو يتمسك بالبيع الاول لانه البيع الحقيقى ، ويطعن بالصورية فى البيع الثانى حتى يستبعد سريانه فى حقه . ولو كان الشفيع غيرا ، لجاز له أن يتمسك بالبيع الصورى اذا كانت شروط هذا البيع افضل له من شروط البيع الحقيقى ، ولكنه لا يستطيع ذلك فى راينا ، ولا يجوز له أن يأخذ الشفعة الا على اساس البيع الحقيقى .

وهناك ، غير الشفيع ، اشخاص آخرون يدخلون فى هذه الطائفة التى لا تعتبر من طبقة الغير ، فلا يسرى فى حقهم الا العقد الحقيقى ، ولهم أن يتمسكوا بصورية العقد الظاهر . من ذلك ما قضت به محكمة النقض من أن الصورية فى العقود يصح التمسك بها لكل ذى مصلحة ولو لم تكن بينه =

التمسك بالعقد الظاهر ، فهو قد استمد حقه من هذا العقد ، وشرط الغير فى الصورية كما قررنا ألا يكون حقه الذى تراد حمايته من الصورية مصدره العقد الصورى ذاته (١) .

(ثانيا) الدائنون الشخصيون (chirographaires) لكل من المتعاقدين طرفى الصورية (٢) .

فدائن المشترى فى البيع الصورى يعتبر من الغير ، اذ أنه قد اطمأن الى أن الشىء محل التصرف الصورى قد انتقل الى المشترى ،

= وبين العاقدين رابطة عقدية ، وعلى ذلك يجوز الطعن من مشترى العقار بصورية العقد الصادر ببيع العقار ذاته من بائع آخر الى مشتر آخر (نقض مدنى ٢٠ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٣ ص ٣٨٢ — انظر أيضا : استئناف مختلط ٤ يونيه سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٢٢٤) . ومن ذلك أيضا ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه يجوز للحائز ، ولو لم يثبت أنه مالك ، أن يدفع دعوى الاستحقاق بصورية البيع الصادر الى مدعى الاستحقاق (استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٥٦) . ومتى قامت قرائن قضائية تلقى الشك فى جدية البيع ، ينتقل عبء الاثبات الى من يتمسك بهذا البيع ، وعليه أن يثبت هو أن البيع غير صورى أو أن هذه القرائن القضائية لا دلالة لها (استئناف مختلط ٨ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٥٦) وللخزانة العامة أن تتمسك بالصورية اذا تضمن العقد بيانا غير حقيقى للاضرار بها (استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢١٣) — على أنه يجب للتمسك بصورية العقد الظاهر أن تكون هناك مصلحة شخصية مباشرة لمن يطعن بالصورية فى هذا العقد ، فلا يجوز لناخب التمسك بصورية عقد يملك مرشح بموجبه النصاب القانونى (نقض فرنسى ١١ أبريل سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١٢ — ١ — ٩٧ — ١٤ مارس سنة ١٩١١ سيريه ١٩١٢ — ١ — ٩٩ ديموج ١ فقرة ٢٦٥) . ولكن يجوز ذلك لمرشح آخر ينافس المرشح الاول ، اذ أن لهذا المرشح الآخر مصلحة شخصية مباشرة فى الطعن بالصورية . قارن فى كل ذلك الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٢٨ .

(١) الوسيط الجزء الأول الطبعة الثالثة المجلد الأول فقرة ٣٨١ ص ٧٩٠ هامش رقم ٤ .

(٢) استئناف أهلى ٢٨ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٧ ص ١٤ — ٢٧ ديسمبر ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٤٣ ص ٧٥ — استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٦٣ — ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨٥ . انظر مع ذلك : استئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٧٩ .

فدخل فى ضمانه العام ، وله فى هذه الحالة أن يتمسك بالعقد الصورى • وكذلك دائن البائع فى البيع الصورى يعتبر من الغير ، ولكن لسبب آخر هو أن الشيء محل التصرف الصورى لم يخرج فى الحقيقة من ملك البائع ، أى لم يخرج من الضمان العام للدائن ، فللدائن فى هذه الحالة أن يتمسك بالعقد الحقيقى (١) •

ويتبين من ذلك أن الدائنين الشخصيين تارة يعتبرون من الغير فى بعض أوضاع قانونية ، وطورا لا يعتبرون من الغير فى أوضاع قانونية أخرى•فهم يعتبرون من الغير فى الصورية والدعوى البوليصية والقيد (inscription) ، حيث تجب حمايتهم من غش المدين أو حيث يحق لهم أن يطمئنوا الى المركز الظاهر وأن يتعاملوا على مقتضاه • وهم لا يعتبرون من الغير فيما عدا ذلك من الأوضاع القانونية ، كنسبية أثر العقد وحجية الحكم وثبوت التاريخ والتسجيل (transcription) فيسرى فى حقهم أثر العقد وحجية الأمر المقضى والتاريخ غير الثابت والعقد غير المسجل •

والدائن الشخصى يعتبر من الغير فى الصورية سواء كان حقه مستحق الأداء أو غير مستحق ، ما دام خاليا من النزاع (٢) ،

---

(١) فاذا حكم بصورية بيع سقط دين الثمن فى علاقة الدائن الصورى بسائر الدائنين المحكوم لهم بالصورية ، وامتنعت مزاحمة هذا الدائن لهم فى تقاضى دينه الصورى من ملك المدين المبطل التصرف فيه ، الى أن يستوفوا هم دينهم منه ومن غلته بطريق الأولوية (نقض مدنى ٢٢ مارس سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٧٢ ص ٣٤٤) . واذا باع شخص عينا لآخر بيعا صوريا ، فباعها المشترى الصورى هو أيضا بيعا صوريا لمشتر ثان ، فان البائع الصورى الاول — وهو دائن للمشترى منه بموجب ورقة الضد — يعتبر من الغير بالنسبة الى العقد الصورى الصادر من المشترى الاول الى المشترى الثانى ، فيجوز له اثبات هذه الصورية بجميع طرق الاثبات (نقض مدنى أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣ ص ٤٨) •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن للدائن العادى باعتباره من الغير ان يطعن على تصرف مدينه بالصورية طبقا لنص المادة ١/٢٤٤ من القانون =

ومركزه فى ذلك كمركزه فى الدعوى غير المباشرة ، بخلاف الدعوى البوليصية فقد رأينا أن حقه يجب أن يكون مستحق الأداء .

ولا يشترط كذلك فى الدائن الشخصى للبائع ، حتى يعتبر من الغير فى الصورية ، أن يكون حقه سابقا على التصرف الصورى ، بل يصح أن يكون تاليا لهذا التصرف ، اذ تصرف المدين الصورى يبقى صوريا حتى بالنسبة الى الدائنين الذين استجدوا بعد هذا التصرف ، ولا يزال الشىء محل التصرف داخلا فى الضمان العام للدائنين ، سواء من كان منهم سابقا على التصرف الصورى ومن كان منهم لاحقا (١) . وما قلناه فى الدائن الشخصى للبائع نقوله فى الدائن الشخصى للمشترى ، فهو من الغير سواء كان حقه تاليا للتصرف الصورى أو سابقا عليه ، ففى الحالتين دخل الشىء ظاهرا فى الضمان العام للدائنين (٢) . وفى هذا

= المدنى ٣ الا ان ذلك منوط بان يكون حق الدائن خاليا من النزاع . نقض مدنى فى ٣٠ مارس سنة ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ رقم ١٨٣ ص ٩٣٢ .

(١) نقض مدنى ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٧ ص ١٥٤ — استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٢٤ .

وقد قضت محكمة النقض بأن الدائن الشخصى للمتصرف يعتبر من الغير فى الصورية ويجوز له اثباتها بطرق الاثبات كافة ولا يشترط لقبول الطعن بالصورية من الدائن ان يكون حقه سابقا على التصرف الصورى بل يصح ان يكون حقه تاليا لهذا التصرف ، اذ أن التصرف الصورى الصادر من المدين يبقى صوريا حتى بالنسبة الى الدائنين الذين استجدوا بعد هذا التصرف ويظل الشىء محل التصرف داخلا فى الضمان العام للدائنين جميعا سواء منهم من كان حقه سابقا على التصرف الصورى أو لاحقا له وسواء كان هذا الحق مستحق الاداء او غير مستحق الاداء ما دام خاليا من النزاع وذلك انه متى كان التصرف صوريا فانه لا يكون له وجود قانونا ولا يشترط لقبول الطعن بالصورية من الدائن أن يكون هو المقصود اضراره بالتصرف الصورى اذ من مصلحة اى دائن للمتصرف أن يثبت صورية هذا التصرف حتى يظل الشىء محل التصرف فى الضمان العام للدائنين فيستطيع أن ينفذ عليه بدينه . (نقض مدنى فى ٩ من ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ رقم ١٩١ ص ١٢٢٣) .

(٢) استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ ص ٢١٣ — ١٧ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ١٧٤ — اسيوط الكلية ١١ ابريل سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١/٧٥ — استئناف مختلط ٥ ايناير سنة ١٩٣١ م =

أيضا يتفق مركز الدائن الشخصى فى الصورية مع مركزه فى الدعــــوى غير المباشرة ويختلف عن مركزه فى الدعوى البوليصية ٠

ويعتبر من الغير كذلك الوارث الذى يطعن على التصرف الصــادر من مورثه بأنه يخفى فى حقيقته وصيه اضرارا بحقه فى الارث ٠ وقــد قضت محكمة النقض بأنه متى طعن الوارث على العقد بأنه يستر وصية كان له اثبات طعنه بكافة طرق الاثبات لأن الوارث لا يستمد حقــــه فى الطعن فى هذه الحالة من المورث وانمـــا من القانون مبــاشرة عــلى أساس أن التصرف قد صدر اضرارا بحقه فى الارث فيكون تحايلا على القانون (١) ٠ ويلاحظ ان الوارث لا يعتبر فى حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث الى وارث آخر الا اذا كان طعنه على هذا التصرف هو أنه وان كان فى ظاهرة بيعا منجزا الا أنه فى حقيقته يخفى وصـــــية اضرارا بحقه فى الميراث أو أنه صدر فى مرض موت المورث ، فيعتبر اذ ذاك فى حكم الوصية لانه فى هاتين الصورتين يستمد الوارث حقــه من القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التى قصد بها الاحتيال على قواعد الارث التى تعتبر من النظــام العام ٠ أمــا اذا كان مبنى الطعن فى العقد انه صورى صورية مطلقة وأن علة تلك الصورية ليست

= ٤٣ ص ١٥٥ — ٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧٥ — ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٢٨ — ويقول بلانيول وريبير وأسمان (جزء ٦ فقرة ٣٣٧ ص ٤٦٤ — ص ٤٦٥) أن الامر اذن ليس مقصورا على حماية الدائنــين الذين كان لهم أن يطمئنوا الى تصرف ظاهر وقت ثبوت حقهم ، فان دائــن المشترى الذى ثبت حقه قبل صدور البيع الصورى لا يمكن أن يكون قــد اطمأن وقت ثبوت حقه الى ان مدينــه مالك للشىء المبيــع صــوريا ، لان المدين لم يكن قد اشترى الشىء وقت ذلك ، ولا يستطيع من جهة أخرى ان يستند الى عقد البيع الذى ملك المشترى بموجبه الشىء فى الظاهر لانه عقد صورى وليس له وجود قانونى . فهناك اذن فكرة ايقاع عقوبة على متعاقدين يظهران غير ما يبطنان ، فيؤخذان بمما يظهر انه اذا كان للغير مصــــلحة فى ذلــك ٠

(١) نقض مدنى فى ٢٠ من مارس سنة ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض السنة ٢٠ رقم ٧٣ ص ٤٥٠ ، ونقض مدنى فى ١٧ من فبراير ســنة ١٩٧٣ ٠ المجموعة السابقة السنة ٢٤ رقم ٤٧ ص ٢٦٥ ٠

هى الاحتيال على قواعد الارث ، فان حق الوارث فى الطعن فى التصرف فى هذه الحالة انما يستمده من مورثه لا من القانون ، ومن ثم لا يجوز له اثبات طعنه الا بما كان يجوز لمورثه من طرق الاثبات (١) •

٦٢٢ — للغير أن يتمسك بالعقد المستتر : وقد رأينا المادة ٢٤٤ من التقنين المدنى تحدد الغير فى الصورية بأنهم هم دائنو المتعاقدين والخلف الخاص ، على النحو الذى بيناه فيما تقدم ، وتقضى بأن لهؤلاء أن يتمسكوا بالعقد المستتر •

والأصل هو أن العقد المستتر — وهو العقد الذى له وجود حقيقى والذى أراده المتعاقدان — هو الذى يسرى ، حتى بالنسبة الى الغير • أما العقد الظاهر فلا وجود له ، فالأصل فيه أنه لا يسرى ، حتى بالنسبة الى الغير ، الا اذا كانت له مصلحة فى ذلك كما سنرى •

فالعقد المستتر هو اذن الذى يسرى فى الأصل فى حق الغير (٢) ، حتى لو كان الغير لا يعلم بوجود هذا العقد فى مبدأ الأمر ، واعتقد أن العقد الظاهر هو عقد جدى (٣) •

---

(١) نقض مدنى فى ٢٢ من يونيه سنة ١٩٧٦ مجموعة احكام النقض السنة ٢٧ رقم ٢٦٥ ص ١٣٩١ •

(٢) ويتمسك به الغير طبعا عند تحقق المصلحة له فى ذلك : استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١٢٦ / ٣ — استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٣٢ — ٩ ابريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٢٠ — ١٧ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠١ — ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠٣ — ٢٨ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٣٧ — ٣ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٩ — انظر أيضا دى هلتس ١ لفظ acte فقرة ١٠٤ — الاستاذ عبد السلام ذهنى فى الاثبات ص ٣٢٦ وما بعدها •

(٣) وحتى لو كان العقد الظاهر قد تأيد بحكم ، فلا يمنع هذا من الطعن فيه بالصورية والتمسك بالعقد المستتر (استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٤٥ — ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١٧ — ٢٦ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٦٦) • وكذلك الدعوى الصورية لا تضر الغير ، وقد قضت محكمة الاستئناف الاهلية بأن على المحاكم أن تحكم برد وبطلان كل دعوى يظهر لها أنها صورية ، ولو وافق المدعى عليه فيها ، متى تبين لها أنها لم ترفع =

ويترتب على ذلك أن لدائنى البائع ، اذا كان البيع صوريا ، أن يتمسكوا بالعقد المستتر حتى يتمكنوا من التنفيذ على العين المبيعة على أساس أنها لم تخرج من ملك البائع (١) . ولهم أيضا أن يتمسكوا بأن البيع حقيقته هبة مستتره حتى يسهل عليهم الطعن فيها بالدعوى البوليصية دون حاجة الى اثبات الغش . وهذا كله حتى لو لم يثبت حقهم فى ذمة البائع الا بعد صدور البيع الصورى كما أسلفنا الاشارة .

واذا أثبت دائن البائع صورية البيع ، فأنه لا يستأثر وحده بالتنفيذ على العين المبيعة ، بل يشترك معه فى التنفيذ سائر الدائنين ، ذلك لأن الدائن انما حصل على حكم يقرر أمراً واقعاً هو أن العين لم تخرج من ملكية المدين ، وبذلك تبقى فى الضمان العام لكل الدائنين ، فلا ينفرد الدائن الذى رفع دعوى الصورية بالتنفيذ عليها وحده (٢) .

= الا بقصد الاضرار بحقوق مكتسبة لاخر (٢١ فبراير سنة ١٩٠١ الحقوق ١٦ ص ١٠٥) . ويجوز للمشترى أن يتمسك بورقة ضد بين البائع والمستاجر للعين المبيعة ، فيطالب المستاجر بالاجرة المذكورة فى ورقة الضد اذا كانت اعلى من الاجرة المذكورة فى عقد الايجار الظاهر ، اما اذا كانت الاجرة المذكورة فى عقد الايجار الظاهر هى الاعلى ، للمشترى أن يتمسك بالعقد الظاهر لان له مصلحة فى ذلك ويطالب المستاجر بالاجرة الاعلى ، ويرجع المستاجر على البائع بالفرق بين الاجرة الظاهرة والاجرة المستترة (والتون ٢ ص ١٣٦) .

اما أن الشفيع يتمسك بالثمن الحقيقى لا بالثمن الاعلى الوارد فى العقد ، فان ذلك لا يرجع الى أن الشفيع يعتبر غيراً فى الصورية ، ولكن الى أنه يسرى فى حقه دائما العقد الحقيقى لا العقد الصورى ، وقد تقدم بيان ذلك (انظر عكس هذا الرأى الاستاذ اسماعيل غانم فى احكام الالتزام فقرة ٢٢٩ ص ٦٧٦) .

(١) وكانت محكمة الاستئناف المختلطة قد قضت بان على دائن البائع ان يرفع دعوى الصورية مستقلة ليصل الى تقرير ان عقد البيع صورى لا وجود له ، وبان هذا من ناحية الاجراءات ادق من ان يطلب الحكم بالصورية فى صورة دفع فى دعوى استحقاق ترفع اثناء اجراءات التنفيذ (استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٥٣) ، ولكنها رجعت عن هذا الرأى فقضت بانه يجوز للدائن ان يدفع دعوى الاستحقاق بالصورية فى صورة دفع لا فى صورة دعوى مستقلة (استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٨٩) .

(٢) لارومبيير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٦٣ — وانظر ايضا بودرى وبارد ١ فقرة ٧٣٩ ، ولكنهما يعللان هذا الحكم تعليلا آخر ، فعندهما ان الدائنين اذا =

كذلك للخلف الخاص ، الذى كسب حقه من البائع على العين المبيعة صوريا ، أن يتمسك بالعقد المستتر . ومصلحته فى ذلك ظاهرة اذا كان قد كسب حقه بعد صدور البيع الصورى ، حتى يكون كسبه لهذا الحق صحيحا . وله مصلحة كذلك فى التمسك بالعقد المستتر حتى لو كسب حقه قبل صدور البيع الصورى ، اذا كان هذا الحق لم يشهر على الوجه الذى يوجبه القانون قبل تسجيل البيع الصورى ، أو حتى اذا كان قد شهر ولكن الخلف الخاص يريد أن يتجنب اجراءات حق التتبع وألا يتحمل حق التطهير ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك . مثل ما قدمنا أن يبيع الراهن العين المرهونة بيعا صوريا ويكون الدائن المرتهن لم يقيد الرهن قبل تسجيل البيع الصورى ، أو يبيع المالك العين مرة ثانية بيعا صوريا بعد أن يكون قد باعها بيعا جديا ويسجل المشترى الثانى عقده الصورى قبل أن يسجل المشترى الأول عقده الجدى

= استفادوا كلهم من دعوى الصورية فذلك لان الحكم بالصورية قد صدر فى مواجهة المتعاقدين فيسرى فى حق دائنيهم . ويتبين مما تقدم أن دعوى الصورية ليست بدعوى بطلان ولا بدعوى فسخ ، وانما هى دعوى يطلب فيها التقرير بأن العقد غير موجود (استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢١٤) .

ويلاحظ أن بعض الفقهاء يذهبون الى أن دعوى الصورية لا تفيد الا الدائن الذى رفعها ، ويستندون فى ذلك الى نسبية الحكم والى أن الدائن يرفع الدعوى باسمه (أوبرى ورو ٤ طبعة خامسة فقرة ٣١٣ ص ٢٤٢ وهامش رقم ٥٢ — جروبيه فقرة ٣٣٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٤) . ويذهب القضاء اللبنانى هذا المذهب ، فعنده أن الدائن وحده هو الذى يستفيد من دعوى الصورية ولا يشترك معه سائر الدائنين (قرار محكمة الاستئناف الغرفة الاولى رقم ٥٤ الصادر فى ١٩٤١/١/٢٧ : انظر الدكتور المحمصانى فى آثار الالتزام فى القانون اللبنانى ص ٧٦) . ولما كانت الاعتبارات التى يقوم عليها هذا الرأى — وهى نسبية الحكم ورفع الدائن الدعوى باسمه — تتفق مع الاعتبارات المتحققة فى الدعوى البوليصية ، وكان الدائن فى الدعوى البوليصية يستأثر بالتنفيذ على العين فى القانون الفرنسى ، فقد استخلص أصحاب هذا الرأى أن الواجب أيضا فى دعوى الصورية أن يستأثر الدائن بالتنفيذ على العين . أما فى التقنين المدنى المصرى الجديد ، فقد رأينا أن الدائن فى الدعوى البوليصية لا يستأثر بالتنفيذ على العين ، فوجب من باب أولى فى دعوى الصورية أن يكون الأمر كذلك .

فللدائن المرتهن في المثل الأول، وللمشترى الأول في المثل الثاني، أن يتمسكا بالعقد المستتر ويطعنا في العقد الظاهر بالصورية (١).

٦٢٣ — وللغير أيضاً أن يتمسك بالعقد الظاهر إذا كانت له مصلحة

---

(١) وأحكام محكمة النقض صريحة [illegible] البوليصية (انظر آنفاً فقرة ٥٨٨ في الهامش) في أن القانون لا يمنع المشترى الذي لم يسجل عقده من أن يتمسك بصورية عقد المشترى الآخر الذي سجل، ليتوصل بذلك إلى محو هذا العقد من الوجود لكي يحكم له هو بصحة عقده، ولكي يسجل هذا الحكم فتنتقل إليه ملكية العين المبيعة (نقض مدنى [illegible] ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٣ ص ٥٠٤ — وانظر أيضاً: نقض مدنى ٣ يونيه سنة ١٩٤٣ [illegible] مع تعليق الأستاذ محمد حامد فهمى فى ص ١٩٤ — ص ١٩٥ — ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٨ ص ٢٣٤ — ٦ يونيه سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم [illegible] ص ١٨٨ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٩ ص ١٣٣ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٤ ص ٣٥٩ — ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض [illegible] — استئناف مصر ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم [illegible]). كذلك لا يحتج على المشترى الجدي بتسجيل المشترى الصوري حتى لو كان المشترى الجدي اشترى بعقد ابتدائي [illegible]، لأن المشترى الجدي فى هذه الحالة يصبح دائناً للبائع الصورى، وله بهذه الصفة الطعن بالصورية فى البيع الصورى المسجل. وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الواقع هو أن الطاعن قد أقام الدعوى يطلب فيها الحكم أولاً بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر له من المطعون عليه الثالث، وثانياً ببطلان عقد البيع المسجل الصادر من هذا الأخير إلى المطعون عليه الأول واعتباره كأن لم يكن لصوريته، وكان الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض دعوى الطاعن أقام قضاءه على [illegible] أن الحكم بفسخ العقد الابتدائي [illegible] يترتب عليه تبعاً رفض هذه الدعوى [illegible] لا يستتبع رفض الدعوى [illegible] المطعون عليه الثاني [illegible] المطعون عليه الأول [illegible] ومن ثم فإن الحكم إذ قضى بذلك أخطأ في تطبيق القانون، لأن من حق الطاعن [illegible] المطعون عليه الثالث بما عجله له من الثمن أن يطعن في تصرفات مدينه [illegible] وكان لزاماً على المحكمة أن تتناول بالبحث والتمحيص ما قدمه الطاعن من أدلة على الصورية وتفصل فيها (نقض مدنى ١٢ [illegible] سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٠٩ ص ٦٣٩).

وغنى عن البيان أنه إذا تمسك الغير بالعقد المستتر، فلابد من أن يستوفى هذا العقد الشهر الواجب قانوناً من تسجيل أو قيد (نقض فرنسى ١٧ يناير سنة ١٨٧٦ سيريه ٧٧ — ١ — ٢١).

في ذلك على أن الغير قد يظهر له أن التمسك بالعقد المستتر وتكون مصلحته في أن يتمسك بالعقد الظاهر (١). وقد نصت المادة ٢٤٤ كما رأينا، على أن لدائني المتعاقدين وللخلف الخاص أن يتمسكوا بالعقد الظاهر متى كانوا حسني النية (٢). وعلى ذلك تبرز أهم قاعدة في الصورية، وهي القاعدة التي تميز الصورية عن غيرها من الأوضاع القانونية. فإلى هنا لم نزد على أن كنا نقرر القواعد العامة، وليس حق تمسك الغير بالعقد المستتر إلا تطبيقاً لهذه القواعد، لأن العقد المستتر هو العقد الحقيقي، فهو الذي يسري كما سبق القول. أما أن يجوز للغير أن يتمسك بالعقد الظاهر — العقد الذي لا وجود له قانوناً — فهذا هو الاستثناء، ولكنه استثناء يطغى في كثير من الأحوال على القاعدة. ويصبح للغير أن يختار بين العقد المستتر أو العقد الظاهر حسب مصلحته. وهو إذا تمسك بالعقد المستتر، فلأنه العقد الحقيقي الذي أراده المتعاقدان، فيأخذهما بما أراداه. وإذا تمسك بالعقد الظاهر، فلأن هذا العقد قد خلق مظهراً انخدع به واطمأن إليه، وليس للمتعاقدين أن يستفيدا من غشهما [illegible] بالغير (٣).

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن للغير حسن النية أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان هذا العقد في مصلحته، ولا يجوز أن يحاج المشتري بورقة غير مسجلة تفيد صورية عقد البائع له متى كان لا يعلم بصورية ذلك العقد. نقض مدني ٢٢ أبريل سنة ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ رقم ٨٧ ص ٥٥٣.

(٢) نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٨ ص ٣١٤ [illegible] (contre les tiers) كما تقول المادة ١٣٢١ من التقنين المدني الفرنسي [illegible] المشروع التمهيدي [illegible]
وانظر: استئناف مختلط [illegible] سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٤٣ — ٢٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٣٥ — ١٢ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٩٥ — ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٤.

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المشترون قد تمسكوا أمام محكمة الموضوع بأنهم كانوا حسني النية [illegible] مورثهم معتمدين على عقده الظاهر جاهلين ورقة الضد، وكان المشترون يعتبرون من الغير بالنسبة لهذه الورقة بحكم أنهم اشتروا هذه الأطيان

المستتر يقتضيه مبدأ سلطان الارادة ، والعقد الظاهر يقتضيه مبدأ استقرار التعامل . ومما يدل على أن الاستثناء يطغى فى كثير من الأحوال على القاعدة ما سنرى من أنه اذا تعارض الاستثناء مع القاعدة ، وتمسك أحد الأغيار بالعقد الظاهر وتمسك « غير » آخر بالعقد المستتر ، فان المتمسك بالعقد الظاهر — أى بالاستثناء — هو الذى ترجح كفته .

فللغير اذن أن يتمسك بالعقد الظاهر (١) ، اذا تحققت له مصلحة

= بعقدى بيع مشهرين ، فلهم — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — أن يتمسكوا بالعقد الظاهر دون العقد المستتر ، ومن ثم لا يجوز أن يحاجوا بالعقد المستتر الا اذا كان هذا العقد مشهرا او كانوا هم عالمين بصورية العقد الظاهر او بوجود ورقة ضد : نقض مدنى فى ٢٨ فبراير سنة ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ رقم ٢٠٢ ص ١٢٨٥ .

ومن ذلك ايضا ان للشفيع ان يودع الثمن المسمى فى العقد خزانة المحكمة وليس للبائع او المشترى أن يحتج عليه بعقد مشتر اتفق فيه على ثمن اكبر من الثمن الظاهر ما دام لم يثبت أن الشفيع كان يعلم بحقيقة الثمن واذا كان العقد الظاهر بيعا ، كان للشفيع أن يطلب الشفعة فيه ما دام أن كان حسن النية . وليس للمتعاقدين ان يتمسكا ضده بان البيع يستر فى حقيقته هبة لا تجوز فيها الشفعة — الاستاذ اسماعيل غانم المرجع السابق ص ٢٠٩ .

وقد قضت محكمة النقض بانه متى كان الثمن المسمى بعقد البيع المشفوع فيه صوريا واقل من الثمن الحقيقى ، فان للشفيع باعتباره من الغير فى هذا العقد — اذا كان حسن النية ان يأخذ بالعقد الظاهر ، ولا يلزم الا بدفع الثمن المذكور فيه : نقض مدنى فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ رقم ٢٨٤ ص ١٥١٧ .

(١) نقض مدنى ٥ ابريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٧ ص ٧٣٤ — والدائن يتمسك بالعقد الظاهر اذا كان يعمل باسمه ، أما اذا كان يعمل باسم مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة ، فانه لا يستطيع أن يتمسك الا بالعقد المستتر كمدينه (نقض فرنسى ٢٣ مايو سنة ١٨٧٠ داللوز ٧١ — ١ — ١٠٩) .

واذا فرض أن المدين التزم بالعقد المستتر أن يدفع مبلغا اكبر مما هو مذكور فى العقد الظاهر ، ودفع هذا المبلغ بالفعل ، فليس للدائن أن يسترد الفرق بين المبلغين بحجة أنه يتمسك بالعقد الظاهر (نقض فرنسى ٣ يوليه سنة ١٨٨٢ سيريه ٨٣ — ١ — ٤٥٩) .

فى ذلك (١) • ومن ثم يكون لدائن المشترى فى البيع الصورى ان يتمسك بالعقد الظاهر ، حتى يتمكن من التنفيذ على العين التى اعتبرت بالنسبة اليه داخلة فى ملك المشترى بموجب العقد الظاهر ، ولو كان حق هـذا الدائن ثابتا فى ذمة المشترى قبل صدور البيع الصـورى كما سـبق القول (٢) • ولا يستأثر دائن المشترى بالتنفيذ على العين ، بل يشـترك معه فى ذلك سائر دائنى المشترى ، لنفس الأسـباب التى قدمنـاها فى دائن البائع • كذلك للخلف الخاص الذى كسب حقه من المشـترى أن يتمسك بالعقد الظاهر • مثـل ذلـك دائن مرتهن من المشـترى (٣) ، أو صاحب حق ارتفاق ، أو صاحب حق انتفاع ، أو مشتر ثان (٤) ، كل هؤلاء لهم أن يتمسكوا بالعقد الظاهر ، فيعتبر الحق العينى قد انتقـل اليهم من مالك (٥) •

---

(١) استئناف مصر ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٣٧ص٣١٧ ـ اسكندرية الكلية الاهلية ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحـاماة ٦ رقم ١٩٦ ص ٢٥٢ ـ اسيوط الكلية ١١ ابريل سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٧٥ / ٢ ـ شبين الكوم الكلية ٢٢ ابريل سـنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٥٠٤ ص ١٠٥ ـ أسيوط الكلية ٢٨ يونيه سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٣٨ ص ٨٨٧ ـ استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٩٣ ـ ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨٥ ـ ٣ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢١٥ ـ أول ديسـمبر سنة ١٩٣١ جازيت ٢٢ رقم ٨٢ ص ٨٤ ـ ٥ ابريل سـنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٧٨ •

(٢) كذلك للدائن أن يطلب اخراج دائن آخر بعقد مستتر من مقاسمته مال المدين ، متمسكا بالظاهر وهو انعدام المديونية ، فلا يسرى عليه بذلك عقد الدين المستتر (نقض فرنسى ٨ مارس سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٣ ـ ١ ـ ٢٤٣) •

(٣) استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٩٣ •

(٤) استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢١٥ • وقد قضت محكمة أسيوط الكلية بانه اذا كان البيع الاول صوريا ، وكان المشترى الثانى حسن النية ، فعقده صحيح ولو لم يضع يده خمس سنوات ، لانه تعامل مع المالك الظاهر ، ولان العدالة تقضى باستقرار المعاملات وتأمينها (١١ ابريل سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٧٥ / ٢ ـ والتون ٢ ص ١٣٦) •

(٥) حتى لو كان العقد المستتر قد شهر قبل شهر حقهم العينى ، ما داموا يثبتون أنهم كانوا يجهلون وجود العقد المستتر وقت تعـاملهم مع المشـترى الظاهر بالرغم من شهره ، وستأتى الاشـارة الى ذلك (بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤١٢ ـ بلانيول وريبير واسمان ٦ فقرة ٤٦٥) • واذا كان المبيع بيعا صوريا منقولا ، وتصرف فيه المشترى الصورى الى مشتر ثان حسن النية ، انتقلت =

ولما كان أساس تمسك الغير بالعقد الظاهر هو كما قدمنا اطمئنانه الى هذا العقد [illegible] فمن البديهي اذن أنه يجب للتمسك بالعقد الظاهر أن يكون حسن النية [illegible] العقد الظاهر انما هو عقد صوري [illegible] أنه عقد جدي واطمأن اليه وبنى عليه تعامله [illegible] العقد الظاهر فليس ثمة مبرر لحمايته ويكون العقد الذي يسري في حقه هو العقد الحقيقي ، شأنه في ذلك شأن المتعاقدين (١) [illegible] الصورية العقد الظاهر حتى يستطيع أن يتمسك به . ويكفي أن يجهل هذه الصورية وقت تعامله (٢) ؛ [illegible] شخصيا [illegible]

= الملكية الى المشترى الثانى دون حاجة الى ان يتمسك بالبيع لان الملكية انما انتقلت اليه بحكم البيع الثانى وفقا لقواعد الصورية ، فلا حاجة به الى الحيازة (قارن الاستاذ احمد نشأت فى الاثبات ١ فقرة ٢٧) .

(١) استئناف مصر ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٣٧ [illegible] ٢١ [illegible] ١٤ [illegible] ٤٢ [illegible] ص ٣٨ [illegible] فقرة ٢٤١١ [illegible] دعوى [illegible] بالدعوى [illegible] الى خلف سيء [illegible] الطرف الصادر [illegible] سوء النية (استئناف [illegible]

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن النص في الفقرة الأولى من المادة ٢٤٤ من القانون المدني على أنه [illegible] عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري » يدل على [illegible] الالتزام [illegible] العقد الظاهر حماية [illegible] نقض [illegible] ٥٧ [illegible]

للمشترى وكان التصرف الصورى سابقا على حقه ، وجب أن يكون وقت أن أصبح دائنا للمشترى قد اعتقد أن التصرف الصورى الذى سبق حقه تصرف جدى ، وقد اطمأن اليه على هذا الاعتبار . وكذلك الحال لو انتقل اليه حق عينى من المشترى بعد صدور التصرف الصورى ، فيجب وقت انتقال الحق العينى اليه أن يكون معتقدا جدية التصرف الصورى . وقد قدمنا أن الغير قد يكون حقه ، شخصيا كان أو عينيا ، سابقا على التصرف الصورى . ففى هذه الحالة يكون حسن النية المطلوب منه هو أن يكون قد اعتقد وقت علمه بصدور التصرف الصورى أن هذا التصرف جدى ، فاطمأن اليه على هذا الاعتبار .

والمفروض أن الغير حسن النية لا علم له بالعقد المستتر ، وعلى من يدعى عكس ذلك أن يثبت ما يدعيه (١) . ولما كان العلم بالعقد المستتر واقعة مادية ، فانه يجوز اثباتها بجميع الطرق ، بما فى ذلك البينة والقرائن (٢) .

(١) الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٠ ص ١٧٨ وهامش رقم ٣ .

وقد قضت محكمة النقض بأن لدائن المتعاقد أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان حسن النية [illegible] بالعقد المستتر ، وعلى من يدعى عكس ذلك [illegible] مايو سنة ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض السنة [illegible] رقم [illegible]

(٢) [illegible] العقد المستتر قرينة على [illegible] مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض [illegible] ١٣ مايو سنة [illegible] فبراير سنة [illegible]) . وبذلك [illegible] الاشارة الى ذلك ، على أن هذه القرينة [illegible] ليست قاطعة ، فيستطيع الغير أن يثبت أنه كان وقت تعامله لا يعلم بالعقد المستتر بالرغم من شهره [illegible] فقرة ٩٨١ [illegible] ١٧٨ وهامش رقم [illegible] بالعقد المستتر [illegible] علمه به ، حتى لو كان هذا العقد [illegible] سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض [illegible] (٢) [illegible] ولو اشترك شخص فى تحرير العقد الظاهر ولو بصفته شاهدا ، =

٦٢٤ — التعارض بين غير يتمسك بالعقد الظاهر وغير يتمسك بالعقد المستتر • ولما كان الغير له أن يتمسك بالعقد الظاهر أو بالعقد المستتر وفقا لمصلحته ، فانه يقع كثيرا أن يقوم تنازع فيما بين الأغيار لتعارض المصلحة • ويكفى أن نفرض فى بيع صورى أن يكون للبائع دائن وللمشترى دائن • فدائن البائع مصلحته أن يتمسك بالعقد المستتر ، ودائن المشترى مصلحته أن يتمسك بالعقد الظاهر • ولا يمكن أن نأخذ بالعقدين معا ، فلابد اذن من تغليب احدى المصلحتين • فاما أن نحرص على احترام الارادة الحقيقية للمتعاقدين فنغلب مصلحة دائن البائع أو من كسب حقا عينيا من البائع ونأخذ بالعقد المستتر ، واما أن نعنى بثبات التعامل واستقراره فنغلب مصلحة دائن المشترى أو من كسب حقا عينيا من المشترى ونأخذ بالعقد الظاهر • ولم يكن فى التقنين المدنى السابق نص فى هذه المسألة ، فانقسمت الآراء ، بعض يأخذ بالعقد المستتر [١] • والغالبية تأخذ بالعقد الظاهر [٢] •

= وتواطأ مع المتعاقدين على الصورية ، فانه يكون بمنزلة المتعاقدين لايستطيع اثبات صورية العقد المكتوب الا بالكتابة • وقد قضت محكمة النقض بانه ليس هناك ما يمنع من حرر عقد البيع بخطه ، ووقع عليه بصفته شاهداً ، من أن يطعن فيه بالصورية ، متى كان يستند فى طعنه الى دليل كتابى ، ومتى كان هذا الطلب موجها ضد طرفى العقد اللذين اشتركا معه فى الصورية لا ضد غيرهما ممن يمكن أن تضار مصالحهم بصورية يجهلونها (نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢٢ ص ٥١) . هذا وقد خرجت محكمة الاستئناف المختلطة على المبادىء المتقدمة ، فقضت فى حكم شاذ بانه لا يجوز لطرفى العقد الصورى أن يثبتا بالبينة علم الغير بالصورية (١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٤٣) •

(١) استئناف أهلى ٢٨ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٣ — استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٢ — ٧ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٧٦ — ٦ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢١٤ — ٩ يونيه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٩٦ — نقض فرنسى ٢٥ يونيه سنة ١٨٤٧ داللوز ٤٧ — ١ — ٣٤٢ — لوران ١٦ فقرة ٤٩٩ — والتون ٢ ص ١٣٩ •

(٢) فتحى زغلول ص ١٤٣ — ص ١٤٤ — محمد صالح فى أصول التعهدات فقرة ٣١٥ ص ٢٧٤ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٥٧ ص ٨٤١ — الموجز للمؤلف فقرة ٢٣٥ ص ٢٦٠ — احمد حشمت أبو ستيت فى نظرية =

وقــد حسم التقنين المدنى الجديد هذا الخلاف ، فنصت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٤ ، كما رأينا ، على أنه « اذا تعارضت مصـــالح ذوى الشأن ، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقــد المستتر،كانت الافضلية للأولين »•وبذلك أيد التقنين الجديد الرأى الذى ذهبت اليه الغالبية ، لاعتبارات تتعلق باستقرار التعامل (١) • ويترتب على ذلك أن دائن المشترى فى البيع الصورى يفضل على دائن البائع ، فيقوم هو دون دائن البائع بالتنفيذ على العين المبيعة صوريا،متمسكا بالعقد الظاهر اذ هو فى مصلحته • ويمتنع على دائن البائع أن ينفذ على هذه العين وأن يتمسك بالعقد المستتر (٢) • ويترتب على ذلك أيضـــا أن من

= الالتزام فقرة ٦٥٢ — اسيوط الكلية ١١ ابريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢٥٠ ص ٤٣٧ — ٢٨ يونيه سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٣٨ ص ٨٨٧ — اســتئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢١٩ — ٢٠ يونيه سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٨٢ — ٣٠ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٩٣ — ٣ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢١٥ — انظر ايضا فى اشتراط حسن نية خلف المشترى الظاهر لتقديمه على خلف البائع : استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٢٤ — ١٦ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢١٩ — ٢٠ يونيه سنة ١٩١٨م ٣٠ ص ٤٨٢ — وهذا هو راى محكمة النقض الفرنســية وجمهــور الفقهاء الفرنسيين : نقض فرنسى ٢ فبراير سنة ١٨٥٢ داللوز ٥٢ — ١ — ٤٩ — ٢٠ يولية ســنة ١٩١٠ داللوز — ١ — ٣٩٢ — ١٣٠ نوفمبر ســنة ١٩١٢ داللوز ١٩١٣ — ١ — ٤٣٣ — ٢٥ ابريل سنة ١٩٣٩ داللوز ١٩٤٠ — ١ — ١٢ — هيك ٧ فقرة ٢٣٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٤٠ ص ٧٦٦ — ديموج ١ فقرة ١٦٣ — بلانيول وريبير واسمان ٦ فقرة ٣٣٩ ص ٤٣٦ — ص ٤٣٧ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٦٠٧ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ١٩٤ ص ١٤٧ •

وهذا هو ما يذهب اليـــه الرأى الغالب الآن فى الفقـــه والقضـــاء الفرنسيين . راجع مارتى ورينو فى القانون المدنى ، الجــزء الثانى ، المجلد الاول فقرة ٢٨١ •

(١) ولقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى ما يأتى : « ويناط الحكم عند تنازع ذوى المصالح المتعارضة على هذا الوجه بفكرة استقرار المعاملات . فاذا تمسك دائن البائع فى العقد الظاهر بورقة الضد ، وتمسك دائن المشترى بهذا العقد ، كانت الافضلية للاخير لاعتبارات تتعلق بتأمين ذلك الاستقرار » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٦٤٦) •

(٢) وهناك رأى فى عهد التقنين المدنى السابق يفضل دائن البائع فى بيع صورى على الموهوب له من المشترى ، لان تفضيل الموهوب له يؤدى الى اغتنائه على حساب الدائن (والتون ٢ ص ١٤٠ — الموجز للمؤلف فقرة ٢٣٥ ص ٢٦٠ هامش رقم ١) • =

كسب حقا عينيا من المشترى الظاهر يفضل على من كسب حقا عينيا من البائع الظاهر . فلو أن البائع بعد أن صدر منه البيع الصورى باع مرة أخرى بيعا جديا لمشتر آخر وسجل هذا المشترى عقده ، ثم باع المشترى الظاهر بعد ذلك العقار بيعا جديا لمشتر ثان ، فان المشترى من المشترى يفضل على المشترى من البائع بالرغم من أن هذا الأخير قد سجل أولا ، لأن كلا منهما لا يعتبر من الغير بالنسبة الى التسجيل حتى يفضل السابق اليه ، اذ هما لم يتلقيا الحق من شخص واحد . وانما نحن بصدد تنازع ما بين الأغيار بالنسبة الى الصورية لا بالنسبة الى التسجيل ، فناخذ بالعقد الظاهر ، ونفضل المشترى من المشترى على المشترى من البائع ، ولا عبرة بالأسبقية فى التسجيل (١) . على أن [illegible] عقده ، وان كان يتفضل عليهم المشترى منهم البائع ولو تأخر عنه فى التسجيل (٢) .

[illegible] الظاهر [illegible] حتى لو كان [illegible] فى وقت لم يكن [illegible] العين على [illegible] لو كان [illegible] البوليصية [illegible] حق دائن [illegible] اذا من [illegible] يقوم [illegible] البائع فى [illegible] عقدا جديا ، فيستطيع الطعن فيه بالدعوى البوليصية . [illegible]

[illegible] بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٨٢ — قارن بلانيول وريبير ورد [illegible] ص [illegible]

(١) [illegible] أن [illegible] من [illegible] (de titulaire du droit) . فهو [illegible] (pour le compte) . [illegible] التى اشتراها [illegible] =

المبحث الثالث

الصورية من حيث الدعوى وطرق الاثبات

١ - من حيث الدعوى

٦٢٥ - الخصوم في دعوى الصورية : قد ترفع دعوى الصورية من أحد طرفي العقد الصوري على الطرف الآخر يطعن في العقد بالصورية (١) ، وفي هذه الحالة يجب ادخال من له مصلحة في التمسك بالعقد الصوري في الدعوى (٢) ، كخلف المشتري الظاهر اذا كان سيء

المالك الحقيقي وتصبح العين محل التصرف الصوري لها صاحبان (deux cotitulaires) مالك حقيقي (وهو البائع الصوري) ومالك صوري (وهو ...) ويستطيع المالك الصوري أن يتصرف في العين طبقا لتعليمات يتلقاها من المالك الحقيقي، أو من تلقاء نفسه دون تعليمات . ومن ثم يكون ... سلطة على العين أوسع بكثير من سلطة النائب (أنظر في هذه التحليلات الطريفة فلاتيه في التعاقد لحساب الغير فقرة ... فقرة ١٣٨٢ ص ... و ٨٨٢ ...).

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الطعن بالصورية الذي يجب على المحكمة بحثه ... يكون صريحا في هذا المعنى ولا يفيده مجرد الطعن بالتواطؤ أو الاحتيال لاختلاف الأمرين مدلولا وحكما ، لأن الصورية انما تعني عدم قيام المحرر أصلا في نية عاقديه ، أما التواطؤ فانه غير مانع من جدية التعاقد ومن قيام الرغبة في احداث آثار قانونية له (نقض مدني ... ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ رقم ١٩٥ ص ١١٢٩).

(٢) ... قضت محكمة النقض بأن القانون لا يوجب في دعوى الصورية المرفوعة من المشتري الثاني ... اختصام ... ولا يترتب ... الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه ... (نقض مدني ... ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ رقم ٢٦٢ ...).

كما قضت محكمة النقض بأنه اذا كان القانون لا يوجب في دعوى الصورية اختصام أشخاص معينين ، ومن ثم فلا تأثير ... في دعوى صورية عقد الايجار على قبول الدعوى ، وانما الأثر المترتب على ذلك ينحصر في أن الحكم الصادر فيها لا يكون حجة عليه (نقض مدني في ٤ مايو سنة ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ رقم ١٩٤ ص ١١٢٥).

النية (١) • وقد يكون الطعن بالصورية فى صورة دفع دعوى يرفعها أحد طرفى العقد الصورى على الطرف الآخر بموجب العقد الظاهر ، ويجوز ابداء هذا الدفع فى أية حالة كانت عليها الدعوى (٢) •

وقد تكون الدعوى مرفوعة من الغير على الطرفين،فيطعن الغير فى العقد الظاهر بالصورية ويتمسك بالعقد المستتر ، لوجود مصلحة له فى ذلك ، ويجب فى هذه الحالة ادخال كل من طرفى الصورية خصما فى الدعوى (٣) •

وقد يرفع الدائن دعوى الصورية باسم مدينة ، وفى هذه الحالة لا يكون الدائن من الغير ولا يجوز له اثبات الصورية الا بالطرق التى يستطيع بها المدين اثبات ذلك ، ويجوز للخصم أن يتمسك بالدفوع التى كان يتمسك بها قبل المدين (٤) •

---

(١) استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٢١ — ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٨٤ — ٣ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٠٣ — ٢٢ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٧٢ — ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٦٠ • على انه اذا طعن ناظر الوقف فى عقد ايجار بالصورية ومات فى اثناء الدعوى فان خلفه يستمر فى الدعوى دون حاجة لادخالورثة الناظر السابق (استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٥٦) •

(٢) استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩١ — ١٠ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٠٩ — ولكن لا يجوز ابداء هذا الدفع لاول مرة أمام محكمةالنقض ، بعد ان اعترف الخصم ضمنا بجديةالعقد أمام محكمةالموضوع وذلك بعدم طعنه فيه بالصورية • وقد قضت محكمة النقض بأن من طلب ابطال عقد بيع بدعوى انه هبة محررة فى عقد عرفى لا يجوز له ، بعد أن سلم له خصمه بالبطلان متمسكا بوضع اليد المدة الطويلة ، وناقشه هو فى ذلك ، أن يبنى طعنه أمام محكمة النقض على صورية هذا العقد ، لان الصورية دفع جديد مغاير كل المغايرة لطلب البطلان بسبب شكل العقد ، فلا سبيل لطرحه لاول مرة امام محكمة النقض (نقض مدنى ٢ مارس سنة ١٩٣٣ مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٩٩) •

(٣) استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٢١ — ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٨٤ •

(٤) هيك ٧ فقرة ٢٣٠ ص ٣٠٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٣٤ — أما اذا رفع الدائن الدعوى باسمه اعتبر من الغير ، ولا يتمسك قبله بالدفوع الجائزة قبل مدينة) استئناف مختلط ٧ يونية سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣١٦) •

ومن يدعى الصورية هو الذى يتحمل عبء اثبات ذلك (١) ، على النحو الذى سنبينه فيما يلى :

٦٢٦ — أثر الحكم الصادر فى دعوى الصورية : والحكم الذى يصدر فى دعوى الصورية لا يسرى على الخصمين وحدهما ، بل يتعدى أثره الى الدائنين . فاذا حكم بصورية عقد ، وكان الخصم فى الدعوى دائنا لأحد طرفى العقد ، استفاد الدائنون الآخرون من هذا الحكم ، واستطاع كلا منهم أن يتمسك به دون أن يدخل خصما فى الدعوى . وكذلك لو كان الخصمان هما طرفا العقد ، فان الدائنين يستطيعون التمسك بالحكم (٢) .

---

(١) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٧٥ — ١٩ يونيه سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٦٠ — ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨٢ . وقد قضت محكمة استئناف مصر بانه يتعين على المحاكم احترام العقود حسب نصوصها ، ما لم تقم قرائن قوية يستدل منها على ان المتعاقدين قصدا شيئا اخر خلاف المدون بالعقد (٢٦ فبراير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٤٠) .

وقد قضت محكمة النقض بأن الطعن بأن عقد بيع يستر وصية ولم يدفع فيه ثمنا هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر ويقع على الطاعنة عبء اثبات هذه الصورية فان عجزت وجب الأخذ بظاهر نصوص العقد . (نقض مدنى فى ١٤ من نوفمبر سنة ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ رقم ٢٠٥ ص ١٣٦٢) .

(٢) ويدلل لارومبير ذلك بأن الحكم بصورية العقد قد قرر أن العقد الظاهر غير موجود ، وأن العين الذى وقع عليها التصرف الصورى لم تخرج بتاتا من ملك المدين ، فيستفيد من ذلك الدائنون ما دامت هذه العين لم تنقطع عن أن تكون داخله فى الضمان العام لحقوقهم (لارومبير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٦٣) . ولكن الاستاذين بودرى وبارد لايريان ، كما قدمنا (انظر آنفا فقرة ٦٢٢ فى الهامش) ، أن هذا تعليل صحيح ، ويذهبان الى أن الدائنين انما يتمسكون بالحكم باعتبار أن الخصوم يمثلونهم فى الدعوى (بودرى وبارد ١ فقرة ٧٣٩) .

وقد سبقت الاشارة (انظر انفا فقرة ٦٢٢ فى الهامش) الى أن بعض الفقهاء يذهبون الى أن دعوى الصورية اذا رفعها الدائن لا يستفيد منها باقى الدائنين ممن لم يدخلوا فى الدعوى (أوبرى ورو ٤ طبعة خامسة فقرة ٣١٣ ص ٢٤٢ وهامش رقم ٥٢ — جروبيه فقرة ٣٣٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٤) .

والحكم في صورية العقد حكم في مسألة موضوعية ، فلا رقابة فيها لمحكمة النقض (١) .

٦٢٧ — عدم تقادم دعوى الصورية : ودعوى الصورية ذاتها لا تسقط بالتقادم ، سواء رفعت من أحد طرفي العقد الصوري أو من الغير ، لأن المطلوب إنما هو تقرير أن العقد لا وجود له ، وهي حقيقة قائمة مستمرة لم تنقطع حتى يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليها (٢) .

= وقد قضت محكمة النقض بأن الطعن بصورية عقد لا يقبل إلا ممن له مصلحة فيه ، وفي حدود المصلحة ، وإذا كان المطعون ضدهم إذ طعنوا على العقد الصادر من البائع إلى الطاعن المتدخل في الدعوى المرفوعة منهم بطلب صحة العقد الصادر من نفس البائع لمورثهم بالصورية ، إنما قصدوا إلى إهداره في خصوص القدر المتداخل في القدر الذي اشترته مورثتهم والمرفوعة به الدعوى ، وذلك ابتغاء إزالة العائق الذي يحول دون تحقق أثر هذا العقد ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قبل الدفع بالصورية وقضى في أسبابه بقبول هذا الدفع ، ورتب على ذلك قضاءه للمطعون ضدهم بصحة العقد الصادر إلى مورثهم ، فإن مؤدى ذلك هو عدم إهدار الصادر إلى الطاعن إلا بالنسبة للقدر المتداخل في عقد المطعون ضدهم دون ما جاوزه من القطع الأخرى المبيعة له (نقض مدني في ٢ يناير ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ رقم ٣٧ ص ٢١٦) .

(١) نقض مدني ٤ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٤١٤ ص ٨٣٩ — ١١ مايو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨١ ص ٥٥٣ — ٢٥ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤١ ص ٣٨٩ — أول يونيه سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٤٤ ص ٦٦٩ — هذا والقرائن التي تستخلص منها صورية العقد ، فيجب على محكمة الموضوع ، تحت رقابة محكمة النقض ، الأخذ بها إذا كانت قرائن قاطعة (... ص ٢٧٥ بلانيول وريبير والعمان ٦ فقرة ٣٤٣) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الدفع ببطلان عقد البيع على أساس أنه يستر وصية وإن وصف بأنه دفع بالبطلان ، إلا أنه في حقيقته وبحسب المقصود منه إنما هو دفع بصورية هذا العقد صورية نسبية بطريق التستر لا يسقط بالتقادم ، لأن ما يطلبه المتمسك بهذا الدفع إنما هو تحديد طبيعة التصرف الذي قصده العاقدان وترتيب الآثار القانونية التي يجب أن تترتب على النية الحقيقية لهما ، واعتبار العقد الظاهر لا وجود له ، وهذه حالة واقعية قائمة ومستمرة لا تزول بالتقادم ، فلا يمكن لذلك أن ينقلب العقد الصوري صحيحاً مهما طال الزمن : نقض مدني في ١٠ أبريل سنة ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ رقم ١٠٢ ص ٥٧٧ .

أما إذا كانت دعوى الصورية تتضمن دعوى أخرى ، كما إذا طعن الورثة في الهبة الصادرة من مورثهم بالبطلان وكانت مستترة (في صورة) عقد بيع ، فان هناك دعوتين : أحداهما متعلقة بصورية عقد البيع وهذه لا تسقط بالتقادم ، والأخرى متعلقة بالطعن فى عقد الهبة (وهو العقد المستتر) بالبطلان وهذه تسقط بالتقادم شأنها في ذلك شأن سائر دعاوى البطلان (١) .

(ب) طرق الإثبات (٢)

٦٢٨ — حالتان : تختلف طرق إثبات الصورية بحسب ما إذا كانت الدعوى مرفوعة من أحد الطرفين أو ممثله (كالوارث والدائن الذي يرفع الدعوى باسم المدين) ، أو كانت مرفوعة من الغير .

٦٢٩ — الحالة الأولى — الدعوى مرفوعة من أحد الطرفين أو ممثله : يراد في هذه الحالة إثبات العقد المستتر فيما بين الطرفين والورثة (٣) ، ولا يثبت إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها (٤) [illegible]

(١) بلانيول وريبير وإسمان ٦ فقرة ٣٤٥ .

(٢) انظر ما سبق أن قدمناه في قسم الإثبات في إثبات الصورية (فقرة [illegible]) .

(٣) نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم [illegible] ص ٢٩٧ .

(٤) نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم [illegible] — وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد نص المادة ٢٤٤/١ من القانون المدني [illegible] الطرق [illegible] أنه لا يجوز [illegible] الإثبات بما يخالف [illegible] المكتوب إلا بالكتابة ، والطعن على عقد البيع [illegible] ثمن هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر ، ومتى كان العقد المطعون عليه بهذه الصورية مكتوبا فإنه لا يجوز [illegible] الصورية إلا بالكتابة وذلك [illegible] المادة ٦١ من قانون الإثبات [illegible] مدني [illegible] مجموعة أحكام النقض [illegible] ٢٠٧ [illegible]

قيمة التزام فى العقد المستتر على عشرين جنيها (١) ، ما لم يكن هناك غش واحتيال على القانون فيجوز فى هذه الحالة الاثبات بجميع الطرق (٢) . أما اذا لم تزد قيمة الالتزام على عشرين

= كما قضت محكمة النقض بأنه وان كان صحيحا أن الصورية لا تثبت بين المتعاقدين الا بالكتابة الا ان المشرع قد أجاز الاثبات بالبينة فيما كان يجب اثباته بالكتابة اذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة ومتى تعزز هذا المبدأ بالبينة أو بالقرائن فانه يقوم مقام الدليل الكتابى الكامل فى الاثبات : نقض مدنى فى ٢٢ مايو سنة ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ رقم ١٤٠ ص ٧٩٩ .

(١) استئناف مصر ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٤٠ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٥ رقم ٣٥٨ ص ٤١٥ — ٢٥ مارس رقم ٣٤٤ ص ٤١١ — ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ١٨١ ص ٢٥١ — ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣١٠ ص ٤٧٧ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٤٦٢ ص ٧٦١ — ٢١ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٧٢ ص ١٢٢ — ٢٥ ابريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٥٤ ص ٥٦٤ — نقض جنائى ٤ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٧ رقم ١٤٢ ص ٢٠٠ — استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٤٢ — ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٢٩٠ — ١٤ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٠٠ — ٢٦ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٠١ — ٢٢يناير سنة ١٩٢٠ م ٣١ ص ١٣٦ — ١٤ ديسمبر سنة١٩٢٧م ٣٩ ص ٨٠ — ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٢٨ — ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٠ — ٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧٥ — ١١ يناير سنة ١٩٣٨م ٥٠ ص ٩٠ — ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٧ — ٧ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٤٠ . وقد سبقت الاشارة الى اكثر هذه الاحكام فى قسم الاثبات : انظر انفا فقرة ٢٠٣ فى الهامش . هذا ولا يجوز القول بأن الصورية غش فيجوز اثباته بجميع الطرق ، فقد قدمنا أن هناك فرقا بين الصورية والغش (استئناف أهلى ٥ مايو سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٢١٦) .

(٢) استئناف أهلى أول مارس سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص٤٧ — ٩ يونية سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٦٦٢ — استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٤٢ — نقض مدنى ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٤ ص ٦٦٥ . وقد سبقت الاشارة الى هذه الاحكام فى قسم الاثبات (انظر انفا فقرة ٢٠٣ فى الهامش) . وانظر أيضا الاحكام التى أوردناها فى قسم الاثبات عند الكلام فى الاحتيال على القانون (انفا فقرة ٢٠٤) .

واذا تم التحايل على القانون لمصلحة أحد المتعاقدين ضد مصلحة المتعاقد الآخر جاز لهذا المتعاقد الآخر ولوارثه من بعده أن يثبت العقد المستتر بجميع الطرق : فيثبت بجميع الطرق أن حقيقة البيع هبة دفع اليها باعث غير =

جنيها ، فانه يجوز اثبات العقد المستتر بجميع الطرق ، الا اذا كـــان

= مشروع (استئناف مصر ٢٣ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٤ ص ٦٩). أو ان الرهن وضع فى صورة بيع للتحايل على قانون خمسة أفدنة (استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣١٤) ، او أن المبلغ المذكور فى السند يتضمن فوائد ربوية (نقض مدنى ٢٥ مايو ســـنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٢ ص ٣٩٠ ـــ استئناف مصر ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرســمية ٣١ رقم ١٢٦ ص ٣٢٤ ـــ ٣١ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ ص ١٧) ، أو ان تاريخ العقد قد قدم ليكون سابقا على تاريخ الحجر فيعصم العقد من الابطال (نقض مدنى ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٤٨ ص ٥٠٧ ـــ اســـتئناف مصر ٢٧ نوفمبـــر سنة ١٩٢٧ المحـــاماة ٩ رقـــم ٤٧ ص ٧٠ ـــ ٢٧ نوفمبر ســـــنة ١٩٢٧ المحـــاماة ٩ رقم ٤٨ ص ٧٢ ـــ اســـتئناف الاســكندرية ٢٨ ينـــاير ســـــنة ١٩٤٧ المحـــاماة ٢٨ رقم ٤٢٧ ص ١٠٤٧) ، أو أن دينا مدنيـــا محضا كتب عنه انه سلم للمدين بصفة أمانة حتى يهدد المدين بالمحاكمة الجنائية اذا تأخر من الدفع (جرجا ١٤ يونية سنة ١٨٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٩ ص ٧٨) . اما اذا تم التحايل على القانون دون ان يكون هذا التحايل ضد مصلحة أحد المتعاقدين، فلايجوز لاى منهما أن يثبت العقد المستتر الا وفقا للقواعد العـــامة للاثبات ، اذ لا يوجد هنا ما يمنع المتعاقدين من كتابة ورقة ضد مادام التحـــايل لم يوجه ضد مصلحة أحد منهما . فلايجوز للمشترى أن يثبت الا بالكتـــابة أن الثمن المكتوب فى عقد البيع اكبر من الثمن الحقيقى بقصد منع الشـــفيع من الاخذ بالشفعة ، أما الشفيع نفسه فيستطيع اثبات الثمن الحقيقى بجميع الطرق (استئناف مختلط ٢٢ ينـــاير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٠) ، مع أنه ليس من الغير كما قدمنا ، وذلك لانه هو الذى قصـــد بالتحايل الاضرار به ولان البيع يعتبر بالنسبة اليه واقعة مادية كما سبق القول . ولا يجوز للبائع أن يثبت الا بالكتابة أن الثمن المكتوب فى عقد البيع اقل من الثمن الحقيـــقى تخففا من رسوم التسجيل ، أما الخزانة فتستطيع اثبات الثمن الحقيقى بجميع الطرق، مع أنها ليست من الغير كما أسلفنا الاشـــارة ، وذلك لانها هى التى قصـــد بالتحايل الاضرار بها ولان البيع يعتبر بالنسبة اليها واقعة مادية . ولا يجوز للمورث أن يثبت بغير الكتابة أن عقد البيع المكتوب الصادر منه لاحـد الورثة حقيقته وصية ، أما للورثة الآخرون فيستطيعون اثبات ذلك بجميع الطرق ، مع انهم ليسوا من الغير فى الصورية ؛ لان التصرف قد صدر اضرارا بحقوقهم فى الارث فيكون تحايلا على القانون (نقض مدنى ١١ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٢٤ ص ٤٩٤ ـــ ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٩ ص ٢٤٩ ـــ استئناف مصر ١٤ ديسمبر ١٩٢٢ المحاماة ٥ رقم ٣٥٨ ص ٤١٥ ـــ ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٤٦٢ ص ٧٦١ ـــ أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٣ ص ٢١٦ ـــ ٢٤ يناير ســـنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٠٩ ص ٣٧٧ ـــ ١٨ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٩١ ص ٦٢٧ ـــ ٢٠ يناير سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٥٧ ص ١٣٢ ـــ استئناف مختلط ٢٨ مايو ســـنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٢٨ ـــ ١٦ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٤٧ ـــ أما فى التصرفات التى لاتضر بحقوقهم فى =

= الارث فالورثة يحلون محل مورثهم ويتقيدون بطرق الاثبات التى يتقيد بها. استئناف مصر ٣١ يناير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١١٣ — الزقازيق الكلية ٩ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٩١ ص ١٧٥) . وقد قدمنا أن الورثة يستطيعون أيضا ، لنفس الاسباب السالفة الذكر ، أن يثبتوا بجميع الطرق ان تاريخ التصرف الصادر من مورثهم قد قدم لاخفاء أن هذا التصرف قد صدر فى مرض الموت .

وقد قضت محكمة النقض تطبيقا للمبادىء المتقدمة بانه اذا وكل شخص اخر فى ايجار عين مملوكة له ، فتواطأ الوكيل مع مستأجر صورى غشا للاضرار بحقوق الموكل ، جاز للموكل أن يثبت هذه الصورية التدليسية المبنية على الغش والتواطؤ بجميع طرق الاثبات ومنها القرائن (نقض مدنى ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٤ ص ٦٦٥) . وقضت أيضا بأنه اذا تمسك المدين بأن الايصال المحرر عليه بقبض ثمن المنقولات التى تعهد بصنعها هو والفاتورة الموقع عليها منه أيضا ببيان مفردات تلك المنقولات انما حررا خدمة للمدعية لتقديمها للمجلس الحسبى ليرخص لها فى صرف المبلغ الوارد بالايصال ، فاعتبرت المحكمة هذا دفعا منه بالصورية ، ولم تأخذ به على أساس أن الصورية لا تثبت بين المتعاقدين الا بالكتابة وهو لم يقدم كتابة ما ، فانها لا تكون قد أخطأت فى تطبيق القانون (نقض مدنى ٣ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤رقم ٩٦ص ٢٥٦) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه اذا اختلس أحد طرفى الصورية من الآخر الدليل الكتابى على الصورية ، جاز للآخر اثبات هذا الاختلاس ثم اثبات الصورية بجميع الطرق (استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٥٧) . وانظر أيضا : نقض مدنى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٣ ص ١٩٩ — ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٤ ص ٢٠٠ — ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٩ ص ٣٨٧ — وقارن : ١٨ ابريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٢ ص ٧٠٨ .

وقد قضت محكمة النقض بأن تقديم تاريخ العقد لاخفاء صدوره اثناء عته البائع هو تحايل على القانون ، يجوز اثباته فيما بين المتعاقدين بالبينة وبالقرائن ، وحكم الورثة فى هذا الخصوص هو حكم مورثهم : نقض مدنى فى ٢٢يونية سنة ١٩٧١ مجموعة احكام النقض السنة٢٢ رقم ١٢٩ص٧٩٢.

كما قضت محكمة النقض بانه اذا كان المطعون عليهم قد تمسكوا بصورية الاجرة المبينة بعقود الايجار المبرمة بينهم وبين الطاعنين صورية تدليسية مبناها الغش والتحايل على القانون للتوصل الى اقتضاء اجرة اكثر من الاجرة القانونية ، فانه يجوز اثبات هذه الصورية بين المتعاقدين بطرق الاثبات كافة بما فيها البينة والقرائن : نقض مدنى فى ٣١ يناير سنة ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ رقم ٤٥ ص ٢٥٩ .

(انظر فى هذه المسألة الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٢٧ ص ١٧٠ = ص ١٧٣ ، وبخاصة ص ١٧٢ هامش رقم ١ حيث يورد ملاحظات وجيهة على بعض أحكام محكمة النقض) .

ومن ذلك انه يجوز للمتعاقد والخلف العام الالتجاء الى الشهادة والقرائن لاثبات ان حقيقة العقد هبة دفع اليها باعث غير مشروع ، أو أن =

العقد الظاهر مكتوبا فلا يجوز اثبات عكسه الا بالكتابة (١) . وليس فى كل ذلك الا تطبيق للقواعد العامة فى الاثبات (٢) ، سبق أن بيناه عند بسط هذه القواعد فى قسم الاثبات .

= المشترى الحقيقى هو احد عمال القضاء ممن لا يجوز لهم الشراء طبقا للمادة ٤٧١ مدنى ، أو ان حقيقة المبلغ المقترض اقل مما ذكر فى السند والفرق ليس سوى فوائد ربوية ، راجع الاستاذ اسماعيل غانم ج المرجع السابق فقرة ٨٩ .

(١) نقض مدنى ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٤ رقم ١ ص ١٢ — ٨ يونية سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٧٧ ص ٤٨٥ — ٢٤ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٩ ص ٧٤٠ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة احكام النقض ٢ رقم ٣٨ ص ١٩٥ — استئناف أهلى أول يناير سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٩٩ ص ٢١٣ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٦٠ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٣٣ — ١٨ يناير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٦٣ — ٢٠ يناير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ١١٩ ص ٢٤٠ — ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٠ الرسمية ٢٢ رقم ١٤٠ — استئناف مصر ١٢ يناير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٢٨٩ ص ٣٢٥ — ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣١٠ ص ٤٧٧ — استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٩٥ — ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٢٩٠ — ١٤ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٠٠ — ١٦ يونيه سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٦٥ — ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٥٥ — ٢٦ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٠١ — ٦ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٩٠ — أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٨٠ — ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٧ — ٧ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٤٠ — واذا استطاع الخصم اثبات عدم صحة ما ورد فى العقد الظاهر ، كانت العلاقة القانونية بينه وبين خصمه هى العلاقة التى تكون بينهما لو لم يوجد هذا العقد الظاهر ، ما دام لم يثبت أن هناك عقدا مستترا يحدد هذه العلاقة (نقض فرنسى ٣٠ يناير سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٤ — ١ — ٢٧٠) .

وقد قضت محكمة النقض بان ذكر سبب الالتزام فى العقد لا يمنع المدين من اثبات ان هذا السبب غير حقيقى وأن الالتزام فى الواقع معدوم السبب ، ولئن كان هذا الادعاء مما لا يجوز اثباته بغير الكتابة اذا كان الالتزام مدنيا لانه ادعاء يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابى ، الا ان اثباته جائزا بطريق الاثبات كافة اذا كان الالتزام تجاريا . (نقض مدنى فى ٢٧ من اكتوبر سنة ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ رقم ٢٢٣ ص ١٥٩٢) .

(٢) بودرى وبارد ١ فقرة ٧٣٧ — دى باج ٢ فقرة ٦٢٩ — بيدان ولا جارد ٩ فقرة ٩٨٤ ص ٧٤ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ١٩٥ — ومن التطبيق للقواعد العامة جواز الاثبات بغير الكتابة اذا وجد مانع من الحصول عليها . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن علاقة الزوجية مانعة =

٦٣٠ — الحالة الثانية — الدعوى مرفوعة من الغير : أما فى هذه الحالة فيريد الغير اثبات صورية العقد الظاهر فى مواجهة الطرفين (١) . وهو لا يتقيد بالكتابة حتى لو كانت قيمة الالتزام فى العقد الظاهر تزيد على عشرين جنيها (٢) ، فيجوز له اثبات صورية العقد الظاهر بجميـــع

= من الحصول على كتابة الصورية ، فللزوجة أن تثبت صورية عقد البيع الصادر منها الى زوجها بشهادة الشهود وبالقرائن (٣٠ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ١٨١ ص ٢٥١) . وكذلك يجوز الاثبات بغير الكتابة فى المواد التجارية (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٩٧) .

(١) أما اذا أراد أحد طرفى العقد الصورى أن يثبت صورية العقد قبل الغير ، فلا يجوز له ذلك ، لأن للغير أن يتمسك بالعقد الظاهر اذا كانت له مصلحة فى ذلك ، حتى لو ثبتت صوريته . هذا ما لم يثبت أن الغـــير كان يعلم بالصورية ، فيسرى عليه العقد المستتر ، ويجوز عندئذ أن يثبت أحد طرفى العقد الصورية قبل الغير .

(٢) نقض مدنى ٢٩ ديسمبر سنة١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٩ ص ١٣٣ — ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤ ص ٢٦ — نقض جنائى ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٧٥ ص ٦٦٩ — استئناف أهلى أول يناير سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ ص ٢١٣ — ١٠ أبريل سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ ص ١٠٢ — ٢٠ يناير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ ص ٤٠ — ٢٤ — استئناف مصر ١٢ يناير ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٢٨٩ ص ٣٢٥ — ١٧ مارس سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ٤٦٦ ص ٧٥٩ — أول مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٩ رقم ١٢٣ ص ٢١٦ — ٢٤ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٠٩ ص ٣٧٧ — ١٨ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٩١ ص ٦٢٧ — ٢١ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٢٧ ص ٣٠٠ — ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٢٢٠ ص ٥٠٤ — استئناف مختلط ٥ أبريل سنة ١٨٩١م ٣ ص ١٧٥ — ١٨ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٥٢ — ١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ١٥ — ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٧٢ — ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٥ — ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١١٠ — ٢٨ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٧ — ١٥ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٥٤ — ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٤٣ — ١٦ يونيه سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٦٥ — ٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٤ — ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٨٩ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ١٦ ص ١٠٨ — ٢٦ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٠١ — ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩١ — ٢١ فبراير ســـنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٤٣ — ٦ مـــارس ســـنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٩٠ — أول أبريـــل ســـنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ — ٥ أبريل سنة ١٤٢٤ م ٢٦ ص ٣١١ — ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٠ — ٨ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٦٠ — ٢٦ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٨١ — ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ١٣ — ٢٦ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١١٩ — ١٦ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٢٦ — ٦ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٣١ .

الطرق ومنها البينة والقرائن (١) . ذلك أن الصورية ، بالنسبة الى الغير ،

= ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأن الخلف الخاص لا يعتبر من الغير ، فلا يجوز له اثبات الصورية الا بالكتابة (نقض مدنى ٢٧ مارس ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥رقم ١٧٩ ص ٣٨٧ وتعليق الاستاذ محمد حامد فهمى بهامش ص ٣٨٨ — ص ٣٨٩) . ولكنها رجعت بعد ذلك عن هذا الخطأ ، وقضت بأن المشترى يعتبر من الغير فى احكام الصورية بالنسبة الى مشتر آخر من نفس البائع له يزاحمه فى الملكية ، فاذا أقام الحكم قضاءه بصورية عقد المشترى الآخر على القرائن وحدها ، فانه لا يكون قد خالف قواعد الاثبات (نقض مدنى ٢٦ اكتوبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤ ص ٢٦)

(١) ويجب أن تكون القرائن مقنعة،والا فلا يحكم بالصورية (استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٥٢ — ١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ص ١٥ — ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٤٣) — ومن القرائن على الصورية وجود علاقة زوجية او قرابة ما بين المتعاقدين ، أو أن البائع بقى حائزا للشىء المبيع ، او أن المشترى لم يسجل عقد البيع (استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٧٥ — ١٣ مارس سنة ١٩٨٥ م ٧ ص ١٨٢ ٨ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٥٠ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ١٩ — ٢٣ ابريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٩٢ — ٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص٤٥٤ — ٨ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١١٧ — ٥ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣١) . ولكن ليس من الضرورى أن يكون العقد صوريا بقيام هذه القرائن ، اذ هى قرائن قابلة لاثبات العكس (استئناف اهلى ١٩ نوفمبر سنة سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٢/٢٧ — استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٢ — ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١١٠ — ٩ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٦٤ — ١٥ يونيه سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٦٦ — ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١١٧ — ٢٣ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٤٥ — ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٨٧ — ٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٣٧ — ٢٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٩٠ — ٢٦ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٠٠ — ١١ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٢١ — ٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٧ — ١١ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٠ — ٣ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٩ — ١٣ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٥٧) . ومن القرائن على الصورية أن يشترى أب باسم ابنه عينا حارما ابنيه الآخرين ولم يثبت أن للابن المشترى مالا خاصا (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥٥ — ١٤ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٧٩) ، وأن يبيع شخص دون ضمان (استئناف مختلط ٥ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٥) ، وأن يبيع الوارث بعد يومين من موت مورثه دون أن يحصل على اعلام شرعى ودون ان يطلب المشترى منه ما يدل على أنه وارث وما هو نصيبه فى الميراث ودون ان يكون الوارث حائزا للعين المبيعة (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ص ١٣٤) ، وأن يصدر البيع عقب اعلان الدائن مدينة =

= للبائع ويتصرف المشترى بعد ذلك مباشرة فى العين المبيعة (استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٦٥) ، وأن يصدر البيع بعد بضعة ايام من الحكم على البائع بالدين ويسجل بعد ذلك بمدة طويلة ويثبت أن البائع جعل نفسه معسرا بهذا البيع وأن المشترى عالم بذلك (إستئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٣٧) ، وأن يتنازل المستحق فى وقف عن استحقاقه دون مقابل بشرط ان يعود اليه الاستحقاق فيما بعد وقد ثبت أن المستحق فى الوقف كان مثقلا بالديون وقت تنازله (استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٠٢م ١٤ ص ٢٢٠) ، وأن يتصرف المدين فى ماله والدائن موشك أن يتخذ اجراءات تضائية قبله (استئناف مختلط ٤ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٨١) ، وأن يتصرف المدين لاقارب ليس عندهم من المال ما يدفعونه مقابلا لما تصف فيه (استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٧٧) ، وأن يتقدم المشترى على الشراء بالرغم من انذار دائن البائع له بأن البيع يقع اضرارا بحقوقه (استئناف مختلط ١١ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٢١) ، وأن يتقدم الدائن المطعون فى سنده بالصورية بحكم غيابى على المدين وافق عليه هذا الأخير بالرغم من سقوطه (استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١٧) . وعند تقدير القرائن ينظر الى حالة المدين وقت التصرف لا بعده ، فاذا كان معسرا وقت تصرفه كان هذا قرينة على صورية هذا التصرف ، حتى لو ايسر بعد ذلك وقبل الطعن بالصورية (استئناف مختلط ١٥ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣) . ويجب أن ينظر الى القرائن فى مجموعها دون أن تنفصل احداها عن الأخرى (استئناف مختلط ٢١ مايو سنة ١٩١٨ جازيت ٨ رقم ٣٥٤ ص ٢٧٢) .

ولا يعتبر قرينة على الصورية ان يدفع المشترى جزءاً من الثمن مع وجود شرط فى العقد يقضى بدفع الثمن جميعه فورا (استئناف مختلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٨٤) ، ولا أن يكون الثمن بخسا (استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٨٨٤ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ١٠ ص ١٨) ، ولا أن يكون التصرف قريبا من الوقت الذى امتنع فيه التاجر عن وفاء ديونه (المنصورة التجارية المختلطة ٦ يونيه سنة ١٩٢٧ جازيت ١٨ رقم ٥٦ ص ٥٣) ، ولا أن يعطى المدين بعض منقولاته مقابلا لوفاء دينه (استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٧) ، ولا أن يحل المشترى نفسه محل الدائنين المرتهنين فى الرهون التى تثقل العقار المبيع فان مثل هذا الاحتياط معقول (استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨٣) ، ولا أن تسجل عقود البيع المتتالية بالرغم من امكان الاقتصار على تسجيل العقد الأخير (استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٤) .

ومن قضاء محكمة النقض فى القرائن على الصورية أنه اذا تنازع مشترى العقار الذى لم يسجل عقده مع مشتر ثان سجل عقده ، وطعن المشترى الأول بصورية العقد الثانى ، وقضت المحكمة بصوريته بانية حكمها على وضع يد المشترى الأول على العين المبيعة ، وعلى تأشير المساحة على عقد المشترى الثانى بأنه قد رفعت عن هذه العين دعوى صحة تعاقد من المشترى الأول ، وعلى علاقة المصاهرة بين البائع والمشترى الثانى ، وعلى انه ليس من المعقول =

فعتبر واقعة مادية لا تصرفا قانونيا ، فيجوز اثباتها بجميع الطرق (١) .

= أن يجازف هذا المشترى بدفع قيمة الثمن كله ـ كما ورد فى عقده ـ فى حين انه لا يجهل ان على الارض دينا ممتازا ، وعلى ما قرره الشهود فى التحقيق من انهم يعلمون أن عقد المشترى الثانى صورى وانه فقير لا ملك له ، وما قرره شهود المشترى الثانى من أنهم ـ على خلاف ما ادعى ـ لم يحضروا مجلس العقد ولم يشاهدوا دفعه الثمن الى البائع ـ فهذه الأسباب من شأنها أن تؤدى الى الصورية التى قالت بها المحكمة ، ولا يكون ثمة مجال للطعن على الحكم من هذه الناحية (نقض مدنى ٦ يونية سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩١ ص ١٨٨) . وقضت مع ذلك بأنه اذا كان الحكم قد أقام قضاءه بصورية عقد على أن المشترى قد اشترى العين مع علمه بسبق تصرف بائعه فى هذه العين لغيره ، وبوضع يد هذا الغير عليها من تاريخ شرائه ، وتوانيه هو فى رفع دعواه بصحة التعاقد الحاصل معه الى ما بعد مضى سنة من تاريخ عقدة ، فهذا الحكم يكون قاصرا اذ هذه القرائن لا تؤدى الى الصورية (نقض مدنى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٢٦ ص ٩٠) . وقضت بأنه يعتبر قرينة على صورية الرهن ان يكون الدين المضمون بهذا الرهن صوريا ، وعلى العكس من ذلك دعوى صورية الرهن لا تقوم ما دام لم يطعن فى القرض نفسه بأنه صورى ، اذ لا يتصور قيام رهن صورى ضامن لقرض حقيقى (نقض مدنى ٢٧ مايو سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٩ ص ١٦٩) . وقضت بأنه لا تعارض بين أن يكون المشترى فى حالة تمكنه من دفع الثمن وأن يكون الشراء الحاصل منه صوريا ، اذ لا تلازم بين حالة الاعسار وصورية العقد ، فاذا اقتنعت المحكمة بأن تصرفا ما كان صوريا ، فليس هناك ما يحتم عليها أن تعرض بالبحث للمستندات المقدمة من المشترى اثباتا ليسره ومقدرته على دفع الثمن ، فان هذا لا يقدم ولا يؤخر (نقض مدنى ٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٨ ص ٢٩٦) . وقضت بأن تقدير كفاية أدلة الصورية مما يستقل به قاضى الموضوع ، فاذا هو رفض الدفع بالصورية بناء على أن كلا من طرفى الدعوى قد طعن على عقد الآخر بأنه صورى ، وأن ما قدمه كلا منهما فى سبيل تأييد دفعه من قرائن ، منها صلة القرابة بين البائع والمشترى وبخس الثمن وعدم وضع اليد تنفيذا للبيع ، لا تكفى وحدها دليلا على الصورية ، فلا يقبل الطعن فى حكمه بالقصور (نقض مدنى أول يونيه سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٤١ ص ٥٦٩) . وقضت بأن لمحكمة الموضوع الحق دائما فى بحث جدية الورقة التى تقدم فى الدعوى ما دام ذلك لازما للفصل فيها ، فاذا أريد التمسك بورقة ضد الغير ، كان للمحكمة ، ولو لم يطعن أحد فيها بالصورية ، أن تعرض لها فتستنتج عدم جديتها وصوريتها من قرائن الدعوى ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك متى كان استخلاصها سليما (نقض مدنى ٢٥ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤١ ص ٣٨٩) .

(١) ويجوز للغير الاثبات بجميع الطرق حتى لو لم يقصد أن يتوقى ضررا من العقد الظاهر، بل قصد أن يبتغى نفعا من العقد المستتر (دى باج ٢ فقرة =

الفـــرع الثالث

مقارنة دعوى الصورية بكل من الدعـوى البوليصـية والدعـوى غـير المبـاشرة •

٦٣١ — **الغرض من المقارنة** : بعـد أن فصـلنا قواعـد دعـوى الصورية ، نقارن هذه الدعوى بكل من الدعوى البوليصية والدعـوى غير المباشرة ، كما قارنا الدعوى البوليصية بالدعوى غير المبـاشرة ، حتى نتبين ذاتية كل دعوى ازاء الدعويين الأخريين (١) •

ونقارن دعوى الصورية بالدعوى البوليصية ، ثم بالدعـوى غير المباشرة •

المبحث الأول

مقارنة دعوى الصورية بالدعوى البوليصية

٦٣٢ — **مقارنة اجمـالية** : يدعو الى مقارنة الدعويين احداهمـا بالأخرى شبه واضح فيما بينهما • ففى كلتيهما يحاول المدين أن يتوقى تنفيذ الدائن على ماله (٢) ، فيتصرف فى هذا المال تصرفا جديا أو تصرفا

= ٦٣٥ ص ٥٩٦ — عكس ذلك بيدان ولاجارد ٩فقرة ٩٨٤ص٧٥) وللغير اثبات الصورية بجميع طرق الاثبات بما فى ذلك البينة والقرائن حتى ولو زادت قيمة التصرف على عشرين جنيها . وله ذلك أيضا ولو كان التصرف ثابتا فى ورقة رسمية طالما أن المراد اثباته هو صورية التصرف المثبت فى هذه الورقة لا عدم صحة البيانات المدونة فيها : راجع الاستاذ اسماعيل غانم فقـرة ٣٠٤ ، وفى الفقه الفرنسى مارتى ورينو ، المرجع السابق فقرة ٢٨٠ .

(١) أنظـر فى اسـتقلال (antonomie) دعوى الصورية عن كل مـن الدعوى البوليصية والدعوى غير المباشرة بلانيول وريبير وردوان ٧ فقـرة ٩٧٧ .

(٢) ويلاحظ ان الصورية قد تتخذ سبيلا للوصول الى اغراض أخرى غير الاضرار بحقوق الدائن كما سبق القول .

صوريا (١) . وفي كلتيهما لا ينفذ تصرف المدين في حق الدائن .

ولكن الفرق بين الدعويين واضح كذلك . ففي دعوى الصورية لا يتصرف المدين في ماله تصرفا جديا ، وليس للعقد الظاهر وجود قانوني ، ولا وجود الا للعقد المستتر لأنه هو العقد الحقيقي ، ومن ثم لا ينتج العقد الصوري أثرا الا بالنسبة الى الغير حسن النية حتى يستقر التعامل . أما في الدعوى البوليصية فالمدين يتصرف في ماله تصرفا جديا ، ومن ثم ينتج هذا التصرف أثره الا بالنسبة الى الدائنين (٢) . هذا الى أن الدائن في دعوى الصورية يرمي الى استبقاء شيء في ملك المدين لم يخرج منه ، أما في الدعوى البوليصية فيرمي الى ادخال شيء خرج من ملك المدين (٣) .

---

(١) وفي الحالتين يكون التصرف تدليسيا . وقد قضت محكمة النقض بأن التصرف التدليسي هو ان يشارك المتصرف له المدين في اجراء تصرف صوري او في اجراء تصرف حقيقي يجعله في حالة اعسار باخراج جزء من أملاكه عن متناول دائنيه . فاذا كان التصرف بيعا فسبيل ابطاله هو الطعن المبني على الصورية او على الدعوى البوليصية ، وفي هذه الحالة يجب التمسك بأن الثمن وهمي أو بخس أو بأنه حقيقي ولكن المتصرف له اشترك مع المدين في اخراج هذا الثمن كله أو بعضه من مجموعة أمواله حتى أصبح في حالة اعسار لا يفي ماله بمطلوب غرمائه . والعبء في اثبات اعسار المدين بالصفة المطعون فيها يقع على الدائن (نقض مدني ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ٧ ص ١٣) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن دعوى الصورية ودعوى عدم نفاذ تصرف المدين هما دعويان مختلفتان ، فيجوز للدائن اثبات ان العقد الذي صدر من المدين صوري بغية استبقاء المال الذي تصرف فيه في ملكه ، فان اخفق جاز له الطعن في العقد الحقيقي بدعوى عدم نفاذ التصرف في حقه بغية اعادة المال الى ملك المدين ، كما انه يجوز للدائن كذلك في الدعوى الواحدة ان يطعن في تصرف مدينه بالدعويين معا على سبيل الخيره ، فيحاول اثبات الصورية اولا فان لم ينجح انتقل الى الدعوي الاخري . (نقض مدني في ٢٥ من فبراير سنة ١٩٧١ مجموعة احكام النقض السنة ٢٢ رقم ٣٧ ص ٢٢٨) .

(٣) انظر في هذا المعنى : نقض مدني ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٨١ ص ٢٨٥ — استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٧٠ .

وكثيرا ما كان يخلط من دعوى الصورية والدعوى البوليصية ، ولكن التمييز بينهما أصبح الآن واضحا (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٨٩٨م =

٦٣٣ — الفروق التفصيلية ما بين الدعويين : وتختلف الدعويان ، فى أحكامهما التفصيلية ، من وجوه عدة ، نذكر منها :

= ٢٢ ص ٢٨٩ — ٣ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٣ — ١٨ ابريل سنة ١٩١٦م ٢٨ ص ٢٥٩ — ١٣ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣ — ٦ فبراير سنة ١٩١٧م ٢٩ ص ١٩٨ — أول ابريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ — نقض فرنسى ١٦ مارس سنة ١٨٨٧ سيريه ٩٠ — ١ — ٣٠١ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٣٥ — فقرة ٢٣٦ — لوران ١٦ فقرة ٤٩٧ — فقرة ٤٩٩ — لارومبيير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٦٣ — هيك ٧ فقرة ٢٣٠ — فقرة ٢٣١ — والتون ٢ ص ١٤١) .

ويجوز رفع الدعويين احداهما بعد الاخرى لانهما دعويان مختلفتان ، فترفع أولا دعوى الصورية ثم بعد ذلك الدعوى البوليصية . بل يجوز رفع الدعويين معا ، فيبدأ الدائن باثبات أن العقد الذى صدر من المدين صورى ، ثم يطعن بعد ذلك فى العقد الحقيقى بالدعوى البوليصية . مثل ذلك هبة فى صورة بيع : يبدأ الدائن باثبات صورية البيع وان حقيقة العقد هبة ، ثم يطعن بعد ذلك فى الهبة بالدعوى البوليصية فلا يحتاج الى اثبات سوء نية الموهوب له بل ولا الى سوء نية الواهب فى القانون المصرى (استئناف مختلط ٢٢ يونية سنة ١٩١٥ جازيت ٥ ص ١٦٨ — ٢٩ مايو سنة ١٩١٨ م ٢٩ ص ٤٥٤ — ١٦ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٥٠ — ١٤ فبراير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٥٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٦ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٥٨ ص ٣٣٤ — دى هلتس action Paulienne فقرة ٢١) .

ويجوز للدائن كذلك فى الدعوى الواحدة أن يطعن فى تصرف مدينه بالصورية وبالدعوى البوليصية معا على سبيل الخيرة ، فيحاول اثبات الصورية أولا ، فان لم ينجح انتقل الى الدعوى البوليصية (استئناف مختلط ٣ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٣ — ٢٨ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٤٤ — ١٨ ابريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٩ — ٦ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٩٨ — ١٠ ابريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٤٦ — قارن : استئناف مختلط ١٣ يونيه سنة ٢٩١٦ م ٢٨ ص ٤٢٧) . بل يجوز ، اذا هو أخفق فى دعوى الصورية فى محكمة أول درجة ، أن يطعن بالدعوى البوليصية لاول مرة امام محكمة الاستئناف (استئناف مصر ١٧ مارس سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم ٦ ص ١٤١ — عكس ذلك : استئناف مصر ٧ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٣٤ ص ٨٨٩) . ولكن لا يجوز أن يطعن بالدعوى البوليصية أولا حتى اذا أخفق فيها طعن بالصورية ، فان الطعن بالدعوى البوليصية يتضمن الاقرار بجدية التصرف ولا يتفق هذا مع الدفع بالصورية بعد ذلك (نقض مدنى ٥ ابريل سنة ١٩٥١ مجموعة احكام النقض ٢ رقم ١١٧ ص ٧٣٤ — استئناف مصر ٢٤ ابريل سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣١ رقم ٣٢٢ ص ١١٠٢ — مصر الكلية الأهلية أول ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢/٨٥ — استئناف مختلط ١٦ يونية سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٥٠) . ومع ذلك فقد =

١ — دعوى الصورية يرفعها الدائن والخلف الخاص وكل من له مصلحة مشروعة ولو كان أحد المتعاقدين ، أمـا الدعـوى البوليصـية فلا يرفعها الا الدائن (١) •

٢ — فى دعوى الصـورية يكفى أن يكون حق الدائن خاليـا من النزاع (٢) ، فالدائن الى أجل أو تحت شرط واقف يستطيع رفع هـذه الدعوى(٣) • أما فى الدعوى البوليصية فلا يكفى خلو حـق الدائن من النزاع ، بل يجب أيضا أن يكون هذا الحق مستحق الأداء •

٣ — فى دعوى الصورية لا يشترط أن يكون حق الدائن سابقا على التصرف الصورى ، أما فى الدعوى البوليصية فيشترط أن يكون حـق الدائن سابقا على التصرف المطعون فيه (٤) •

= قضت محكمة الاستئناف المختلطةبأنه لا يوجد ما يمنع الدائن من تحويل الدعوى البوليصية الى دعوى الصـورية (٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٤) ، وقضت ايضا بأنه يجوز للدائن ، اذا كـان قـد طعن فى تصرف مدينة امام محكمة اول درجة بالغش دون ان يبين ما اذا كان يعتبر التصرف صوريا أو جديا ، أن يطعن فى التصرف بالصورية لأول مرة امـام محكمة الاستئناف (٢٢ يونيه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٢١) •

هذا واذا نجح الدائن فى اثبات صورية العقد اكتفى بذلك،ولا يصبح فى حاجة الى اثبات توافر شروط الدعوى البوليصية (مصر الكلية الأهلية ٥ فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٤٠ — استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٤٦) •

(١) استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٣ ص ٢٢٦ — استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٤٨ — ٣ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٩ — جوسران ٢ فقرة ٧٠٧ •

(٢) اما اذا كان حق الدائن غير خال مـن النزاع ، فليس للدائن ان يستمر فى اجراءات دعوى الصورية حتى يخلو الحق مـن النزاع باتفاق أو بحكم (استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ١٢ ص ٥٠ — محـكمة اسكندرية الكلية المختلطة ٢٠ ديسمبر سنة ١٩١٠ جازيت ١ ص ٣٢) •

(٣) هيك ٧ فقرة ٢٣١ — أوبرى ورو ٤ طبعة خامسة فقرة ٣١٣ هامش رقم ٨ مكرر ثالثا — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٣٣ •

(٤) نقض مدنى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٨١ ص ٢٨٥ — استئناف اهلى ١٣ مايو سنة ١٩٠٥ الاسـتقلال ٤ ص ٤٥٣ — استئناف مصر اول مايو ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٣ ص ٢١٦ — ١٧ =

٤ — فى دعوى الصـورية يجوز للدائن أن يرفع الدعوى حتى لو كان التصرف الصورى ، بفرض أنه جدى ، لا يسبب اعسارا المدين أو يزيد فى اعساره ، بل لا يشترط أن يكـون المـدين معسرا اطـلاقا ، لأن الدائن فى هذه الدعوى يطلب تقوير أن التصرف غـير موجـود وهـذه حقيقة لا يغير منها أن يكون المدين معسـرا أو غير معسر . أما فى الدعوى البوليصية فنشترط أن يثبت الدائن أن التصرف المطعون فيه قد تسبب فى اعسار المدين أو زاد اعساره(١) .

= مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٧٤ ص ١٧٤ — أسيوط الكلية ١١ ابريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢٥٠ ص ٤٣٧ — استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٠٦ — ٦ نوفمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٣ — ١٢ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٧١ — ٨ مـــارس ســـنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٥٠ — ٧ يونية سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣١٨ — ٩ ابريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٢٠ — ٤ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٨١ — ١٢ يناير ســـنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٠٨ — ٣٠ ديســـمبر ســـنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٧٥ — ٦ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢١٤ — ١٥ مايو ســنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٨٢ — ١٣ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١١٩ — أول ابريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ — ١٥ ابريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١١ — ١٥ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥٥ — ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٢٨ — ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٦٢ — ١٣ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٦٣ — ١٧ ابريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢١٩ — ٢٣ ديســمبر ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٦١ — ٩ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٢٨ .

وقد كان القضاء يخلط كثيرا فى هذه المسألة ما بين دعوى الصورية وللدعوى البوليصية ، فيشترط فى الاثنتين أن يكون حق الدائن ســابقا على تصرف المدين — هذا وقد يكون التصرف الصورى سابقا على تاريخ التوقف عن الدفع ، ولا يمنع ذلك من رفع دعوى الصورية (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٧ — ١٣ فبراير سنة ١٩١٨ م ٢٩ ص ٢١٢) .

(١) استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٠٦ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٧٥ — ٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٤ — ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٧ — ١٣ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢١٢) . ابريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ — ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٢٨ — ٢٤ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٣٩ — ١٢ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١١٩ — ٢٣ ديسمبر سنة ٩٣٧ م ٥٠ ص ٦١ — ١٦ مايو ســنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٢٤ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٣٦ — لوران ١٦ فقرة ٤٩٧ — لارومبيير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٦٣ — هيك ٧ فقرة ٢٣١ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٣٣ ص ٧٥٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٢ — والتون ٢ ص ١٤٢ . =

٥ — فى الدعوى الصورية لا يشترط أن تكون الصورية قد قصد بها الاضرار بحقوق الدائن ، فقد يكون المقصود بها غرضا آخر كما قدمنا ، ولا يمنع ذلك من أن يطعن الدائن فى التصرف الصورى . أما فى الدعوى البوليصية فيشترط فى المعاوضات قصد الاضرار بالدائن على النحو الذى سبق بيانه (١) .

٦ — دعوى الصورية لا تسقط بالتقادم ، لأنها يراد بها ، تقرير أمر واقع ، وهذا الأمر يبقى واقعا مهما أنقضى عليه من الزمن . أما الدعوى البوليصية فتسقط بالتقادم ، وقد سبق بيان المدة التى تتقادم بها هذه الدعوى (٢) .

= ونرى من ذلك انه كما لا يشترط أعسار المدين ، كذلك لا يشترط فيما اذا كان المدين معسرا ان تكون هناك علاقة بين التصرف الصورى والاعسار . فيستطيع الدائن ان يطعن بالصورية فى تصرف مدينه حتى لو كان موسرا (استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩١٥ جازيت ٦ رقم ٥٧ ص ٣٢) ، كما يستطيع الطعن بالصورية اذاكان المدين معسرا ولو لم يكن التصرف المطعون فيه سبب الاعسار أو زاد فيه . على أن الواقع فى العمل — كما تقول الاساتذة بلانيول وريبير وردوان — أن الدائن اذا وجد مالا كافيا لاستيفاء دينه عند المدين غير المال الذى تصرف فيه هذا صوريا لا يتعب نفسه فى رفع دعوى الصورية ، فهو لا يلجأ اليها فعلا الا عند اعسار المدين (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٢ ص ٣٠٧) .

(١) استئناف مختلط ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٦٣ — أول ابريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ — ٩ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٣٦ — لوران ١٦ فقرة ٤٩٧ — هيك ٧ فقرة ٢٣١ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٢٣ ص ٧٥٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٢ .

(٢) لارومبيير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٦٣ — جروبيه فقرة ٣٣٥ — كولان وكابيتان وموراندبير فقرة ٤٥٨ ص ٣٣٤ — جوسران ٢ فقرة ٧٠٧ — الاستاذ عبد السلام ذهنى فى الالتزامات فقرة ٣٦٦ ص ٣٥٨ — عكس ذلك : بودرى وبارد ١ فقرة ٧٤٢ — والتون ٢ ص ١٤٢ — ص ١٤٣ ، انظر كذلك بلانيول وريبير واسمان (جزء ٦ فقرة ٣٤٥) وهم يوفقون بين الرأيين ، فدعوى الصورية نفسها لا تسقط بالتقادم ، ولكن قد ينشأ عن العقد الصورى مركز فعلى يثبت بالتقادم (انظر استئناف مختلط ١٧ يونية سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٦١ — ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٧ — دى باج ٢ فقرة ٦٣٠) . وقد قدمنا أن دعوى الصورية قد تتضمن دعوى أخرى ، كدعوى بطلان الهبة المستترة فى صورة بيع ، فدعوى صورية الهبة لا تسقط بالتقادم ، ولكن دعوى بطلان الهبة تتقادم كسائر دعاوى البطلان (انظر فقرة ٦٢٧) . =

٧ — فى دعوى الصورية يجوز للمدين أن يسترد العين التى باعها صوريا للمشترى ، أما فى الدعوى البوليصية فلا يستطيع المدين ذلك لأن البيع الذى صدر منه بيع جدى .

٨ — فى دعوى الصورية اذا تنازع ، فى بيع صورى ، دائن البائع مع دائن المشترى ، قدم دائن المشترى ايثارا للعقد الظاهر كما قدمنا (١) . أما فى الدعوى البوليصية فانه اذا باع المدين عينا اضرارا بدائنه ، اعتبر البيع غير نافذ فى حق الدائن ، وتقدم هذا الدائن فى استيفاء حقه من العين على دائن المشترى (٢) .

= ويميز بيدان ولاجارد بين دعوى الصورية والدفع بالصورية ، فالدعوى دون الدفع هى التى تسقط بالتقادم (بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٨٥) .

(١) أما لو تنازع دائن البائع مع مشتر حسن النية من المشترى ، فالمشترى هو الذى يفضل ، سواء كان العقد صوريا أو كان جديا وقابلا للطعن فيه بالدعوى البوليصية . واذا تنازع دائن البائع مع موهوب له من المشترى ففى دعوى الصورية لا يقدم الدائن مادام الموهوب له حسن النية على خلاف فى الرأى (انظر آنفا فقرة ٦٢٤ فى الهامش) ، وفى الدعوى البوليصية يقدم الدائن حتى لو كان الموهوب له حسن النية (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ وهامش رقم ٥٣ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٤٠ — جروبيه فقرة ٣٤٠ — قارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٥ — الاستاذ عبد السلام ذهنى فى الالتزامات فقرة ٣٥٦ ص ٣٥٧) .

(٢) وقد قدمنا (انظر آنفا فقرة ٦٢٤ فى الهامش) أن هذه النتيجة تبدو غريبة ، لان دائن البائع يتحمل اثر تصرف جدى صدر من مدينه ويتحمل فى الوقت ذاته اثر هذا التصرف لو كان صوريا ، وكان الاولى هو العكس .. ولكن عند التأمل نجد أن المدين اذا صدر منه بيع صورى فلا تخلو الحال من احد أمرين : (أ) اما أن يكون المدين متواطئا مع المشترى بقصد الاضرار بالدائن ، وفى هذه الحالة يستطيع الدائن من الناحية العملية أن تتجنب الطعن فى البيع بالصورية ، ويعتبر التصرف جديا ، فيطعن فيه بالدعوى البوليصية وقد توافرت شروطها ، فيتقدم على دائن المشترى ولا يتحمل اثر تصرف صورى كان لايتحمله لو كان التصرف جديا . (ب) واما أن يكون تواطؤ المدين مع المشترى على الصورية لم يقصد به الاضرار بالدائن ، وفى هذه الحالة لو كان العقد جديا لما أمكن الطعن فيه بالدعوى البوليصية لعدم توافر شروط الاضرار بالدائن ، فلا يتحقق اذن أن يكون العقد الصورى أقوى نفاذا من العقد الجدى (نظرية العقد للمؤلف ص ٨٥٥ هامش رقم ٣) .

المبحث الثانى

مقارنة دعوى الصورية بالدعوى غير المباشرة

٦٣٤ — **وجوه الشبه** : يتبين مما قدمناه فى دعوى الصورية والدعوى غير المباشرة أن هناك شبها واضحا بين الدعويين من حيث الشروط والأحكام • فقد رأينا أنه لا يشترط فى دعوى الصورية أن يكون حق الدائن مستحق الأداء ولا أن يكون هذا الحق سابقا على التصرف الصادر من المدين ، وهذا هو الأمر فى الدعوى غير المباشرة • ورأينا كذلك أن دعوى الصورية تفيد جميع الدائنين على السواء ، من اشترك منهم فى الدعوى ومن لم يشترك ، وهذا هو أيضا حكم الدعوى غير المباشرة •

وحتى نضع دعوى الصورية الى جانب الدعوى غير المباشرة فى صورة واضحة ، نفرض أن مدينا باع عينا مملوكة له بيعا صوريا ، فدائن البائع يستطيع أن يطعن فى العقد بالصورية ، ولا يشترط لذلك أن يكون حقه مستحق الأداء أو أن يكون سابقا على التصرف الصورى ، واذا نجح فى دعواه استفاد معه سائر الدائنين ، ويستطيع الدائن أيضا ، بدلا من الطعن بالصورية ، أن يستعمل حق مدينه البائع فى التمسك

= هذا وقد كان يوجد فى عهد التقنين المدنى السابق بين الدعويين فرق هام اخر ، هو أن الدائن فى دعوى الصورية يشاركه سائر الدائنين (استئناف مختلط ٢٣ يونيه سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣٢٧) ، اما فى الدعوى البوليصية فيستأثر وحده بفائدة الدعوى • وقد رأينا أن التقنين المدنى الجديد قد محا هذا الفرق بجعله الدائن ، فى دعوى الصورية والدعوى البوليصية على السواء ، لا يستأثر وحده بالتنفيذ على العين ، بل يشترك معه فى ذلك سائر الدائنين •

انظر فى هذه المقارنة التفصيلية : بودرى وبارد ١ فقرة ٧٣١ — فقرة ٧٢٣ — ديموج ٧ فقرة ١١٤٢ — بلانيول وريبير وردان ٧ فقرة ٩٧١ — فقرة ٩٧٢ — بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٨٦ — دى باج ٢ فقرة ٦٤٢ و ٣ فقرة ٢٥٩ — فقرة ٢٦٠ — الاستاذ احمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٥٨ — فقرة ٦٥٩ — الأستاذ اسماعيل غانم فقرة ١٢١ •

بالعقد المستتر ، فيصل الى نفس النتيجة التى يصل اليها من وراء الطعن بالصورية ، وهو فى ذلك أيضا لا يشترط فيه أن يكون حقه مستحق الأداء ولا سابقا على التصرف الصوري ، كما أن التمسك بالعقد المستتر يفيد سائر الدائنين •

٦٣٥ — وجوه الخلاف : على أنه بين أن يطعن الدائن بالصورية فى العقد الظاهر وأن يستعمل الدعوى غير المباشرة فيتمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين ، توجد الفروق الآتية :

١ — اذا طعن الدائن فى العقد الظاهر بالصورية رفع الدعوى باسمه هو ، واذا تمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين رفع الدعوى باسم هذا المدين • ويترتب على ذلك أنه فى الحالة الأولى يستطيع اثبات الصورية بجميع الطرق لأنه من الغير • أما فى الحالة الثانية وهو يعمل باسم المدين ، فلا يستطيع الاثبات الا بالطرق التى يستطيعها المدين ، فيجب الاثبات بالكتابة فيما جاوزت قيمته عشرين جنيها أو فيما لا يجاوز هذه القيمة اذا كان العقد الظاهر مكتوبا (١) •

٢ — واذا طعن الدائن بالصورية ، فليس فى حاجة الى اثبات اعسار المدين • أما اذا تمسك بالعقد المستتر نيابة عن مدينه ، وجب عليه أن يثبت أن المدين يصبح معسرا أو يزيد اعساره اذا لم يتمسك بهذا العقد •

---

(١) ديمولومب ٣٠ فقرة ١٧٩ وفقرة ١٨١ وما بعدها وفقرة ٥٩٠ — لوران ١٩ فقرة ٦٠٣ — لارومبيير ٦ م ١٣٤٨ فقرة ١٨ وفقرة ٢١ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٣٤ وفقرة — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٣ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٥٧ — والتون ٢ ص ١٤٣ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٦٦ — الاستاذ حشمت أبو ستيت فقرة ٦٦١ •

ولكن يلاحظ أنه حتى فيما بين المتعاقدين يمكن اثبات الصورية بجميع الطرق اذا كان هناك تحايل على القانون كما سبق القول ، وكذلك الأمر فيما لو رفع الدائن دعوى الصورية باسم المدين عن طريق الدعوى غير المباشرة (ديمولومب ٣٠ فقرة ١٨٢ وفقرة ١٨٤ — فقرة ١٨٨ — لارومبيير ٦ م ١٣٤٨ فقرة ١٨ — فقرة ١٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٣٧ .

٣ — اذا اختار الدائن دعوى الصورية ، لم يستطع المشترى أن يدفع هذه الدعوى بدفع خاص بالعقد المستتر • أما اذا تمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين ، كان للمشترى أن يدفع هذه الدعوى بكل الدفوع التى يستطيع أن يدفع بها دعوى البائع لو كان هذا هو الذى تمسك بالعقد المستتر (١) •

ويتبين مما تقدم أن الدائن يفضل الطعن باسمه بالصورية فى العقد الظاهر ، فهذا خير له من التمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين عن طريق الدعوى غير المباشرة ، وذلك من جميع الوجوه المتقدمة الذكر(٢)•

الفصل الرابع

الحق فى الحبس(*)

(Droit de rétention)

تمهيد — تكييف الحق فى الحبس

٦٣٦ — كيف نشأ الحق فى الحبس : يرجع ذلك الى عهد القانون الرومانى • فقد كان الحائز لعين لا يملكها وهو يعتقد أنها ملكه ، اذا

---

(١) هيك ٧ فقرة ٢٣٠ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٣٤ — فقرة ٧٣٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٦ ص ٣١١ — والتون ٢ ص ١٤٣ — دى باج ٣ فقرة ٢٥٨ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٦٦ .

هذا ، وفى غير المثل الذى نحن بصدده ، يلاحظ ايضا أن دعوى الصورية لا تسقط بالتقادم ، وتسقط الدعوى غير المباشرة بالمدة التى يسقط بها الحق الذى يستعمله الدائن . اما فى المثل الذى نحن بصدده ، فان الحق الذى يستعمله الدائن هو بالذات دعوى الصورية التى يرفعها المدين ، وهذه ايضا — كدعوى الصورية التى يرفعها الدائن — لا تسقط بالتقادم (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٦٦ ص ٨٥٧) .

(٢) انظر فى كل ذلك نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٦٥ — فقرة ٧٦٦ .

* مراجع : رينو (Raynaud) فى الدفع المستمد من عدم التنفيذ رسالة من باريس سنة ١٩٠٦ — جونسكو (Jonesco) فى حق الحبس رسالة من =

أنفق مالا فى حفظها أو فى تحسينها ، وأراد المالك أن يسترد العين ، أعطى البريتور الرومانى للحائز دفعا بالغش (exceptio doli) يدفع به دعوى الاسترداد حتى يسترد ما صرفه فى حفظ العين وفى تحسينها (١).

= باريس سنة ١٩٠٨ — بينو (Pinot) بحث فى اقامة نظرية فى حق الحبس من الناحية التشريعية رسالة من باريس سنة ١٩٠٨ — بوجوناتو (Poganato) فى حق الحبس رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ — بوب (Bobes) تطبيقات فى حق الحبس رسالة من باريس سنة ١٩١٣ — كاسان (Cassin) فى الدفع المستمد من عدم التنفيذ فى العلاقات التبادلية رسالةمن باريس سنة١٩١٤ — بودرى ولوان (Loynes) جزء اول فى حق الحبس فقرة ٢٢٠ وما بعدها — جيللوار (Guillouard) فى رهن الحيازة وحق الحبس — بيدان وفوار ان (Voirin) جزء ١٣ فقرة ٢٦٩ وما بعدها — كابيتان فى السبب فقرة ١٢١ وما بعدها — دريدا (Derrida) بحث فى أساس حق الحبس رسالة من الجزائر سنة ١٩٤٠ — الدكتور صلاح الدين الناهى فى الامتناع المشروع عن الوفاء رسالة من القاهرة سنة ١٩٤٥ — أنسيكلوبيدى داللواز ٤ لفظ (Rétention) ص ٧٠٣ وما بعدها (دريدا) — مقال لسالى (Saleilles) فى الامتناع عن الوفاء لعدم تنفيذ العقد (حوليات القانون التجارى سنة ١٨٩٢ — ١٨٩٣) .

مراجع فى القانون المصرى : الأستاذ عبد السلام ذهنى فى التأمينات فقره ٢٩١ وما بعدها . الأستاذ محمد كامل مرسى فى التأمينات الشخصية والعينية طبعة ثالثة فقرة ٦٤٤ وما بعدها — الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤٠١ — فقرة ٤٢٧ — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات الشخصية والعينية فقرة ١٥٨ — فقرة ١٧٢ — الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢١٧ — ص ٢٢١ — الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٩٩ — فقرة ١١٥ — وانظر فى الدفع بعدم تنفيذ العقد : نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٦٦ — فقرة ٦٧٧ — الوسيط للمؤلف الجزء الأول فقرة ٤٩٢ — فقرة ٥٠٣ — الأستاذ حلمى بهجت بدوى فى نظرية العقد فقرة ٣٥٣ — فقرة ٣٦٠ — الأستاذ احمد حشمت ابو ستيت فىنظرية الالتزام فقرة ٣٧٧ — فقرة ٣٧٩ .

(١) ذلك أن الحائز — حسب قواعد القانون المدنى العتيق — لم يكن يحق له أن يسترد ما صرفه على العين ، فهو لم يكن وقت الصرف وكيلا عن المالك ولافضوليا اذ كان يعمل لمصلحة نفسه لالمصلحة المالك .ولما كانت هذه نتيجة غير عادلة ، عمل البريتور على تفاديها ، حسب قواعد العدالة، فضمن دعوى الاسترداد دفعا بالغش ، بموجبه لا يكون الحائز ملزما برد العين قبل أن يستوفى ما أنفق من المصروفات .

وكذلك اعطى البريتور الرومانى لمن يطالبه دائن بالوفاء دفعا بالغش (exceptio doli) اذ لم يكن المطالب بالتنفيذ قد قام بالوفاء بالتزاماته أو على الاقل عرض التنفيذ . راجع ماثرو . دروس في القانون المدني المرجع السابق فقرة ١١٢٥ .

وكذلك أعطى هذا الدفع بالغش فى العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة، اذا أنفق المودع عنده مالا على الوديعة وكان له الحق فى استرداد ما أنفق . وكان هذا الدفع مفهوما ضمنا فى العقود الملزمة للجانبين — اذ هى كلها عقود تنطوى على حسن النية (contrats de bonne foi) — وبموجبه يستطيع كل من المتعاقدين أن يقف تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل ، وهذا ما سمى بعد ذلك فى القانون الفرنسى القديم بالدفع بعدم تنفيذ العقد (exceptio non adimpleti contractus) .

فمنشأ الحق فى الحبس والدفع بعدم تنفيذ العقد كان اذن واحدا فى القانون الرومانى ، كلاهما يقوم على دفع الغش ، ولكن العلاقة فيما بينهما انفصمت فى عصور القانون الفرنسى القديم ، عندما اختفى الدفع بعدم التنفيذ وراء فسخ العقد ، والتصق الحق فى الحبس بالأعيان المادية وأصبح يعتبر حقا عينيا (١) .

وهذه الصورة الأخيرة هى التى انتقلت الى التقنين المدنى الفرنسى .

٦٣٧ — الحق فى الحبس فى القانون المدنى الفرنسى : لم يضع

---

(١) وكان رجال القانون الكنسى هم الذين استخلصوا مبدأ الارتباط مابين الالتزامات المتقابلة الناشئة من علاقة قانونية واحدة (règle des corrélatifs) ورتبوا على هذا المبدأ أن أيا من الطرفين لا يجبر على القيام بالتزامه نحو الطرف الآخر اذا كان هذا الطرف الآخر لم يقم هو نفسه بما عليه من التزام . وجاء بعد ذلك الفقهاء اللاحقون لعهد التحشية (postglossateurs) وبنوا من النصوص الرومانية القائمة على هذا المعنى نظرية الدفع بعدم تنفيذ العقد ، وأعطوها هذا الاسم بعد أن نسبوها للقانون الرومانى . ثم جاء الفقيه كيجاز Cujas ومدرسته فردوا النصوص الرومانية الى أصلها ، وقصروا الدفع بعدم التنفيذ على الحالات المعنية التى وردت فيها هذه النصوص ، فضاعت وحدة النظرية ، وتفككت تطبيقاتها ، بل وانطمس اسمها . وساعد على ذلك أن القضاء استعان — فى ملء الفراغ الذى خلفه تفكيك النظرية — بنظرية الفسخ التى اختفى وراءها الدفع بعدم التنفيذ ، وبنظرية الحبس التى انفصلت عن نظرية الدفع بعدم التنفيذ بعد أن أصبح الحبس ملتصقا بالاعيان المادية واعتبر حقا عينيا، وكان يقول بعينيته كل من ديمولان وبوتييه (اسمان ٦ فقرة ٤٣٩ — بودرى ولوان ١ فقرة ٢٢٨) .

التقنين المدنى الفرنسى نظرية عامة لا للحق فى الحبس ولا للدفع بعـــدم تنفيذ العقد ، واقتصر — متأثرا فى ذلك بالحالة التى كان عليها القانون الفرنسى القديم — على ايراد تطبيقات معينة ضمنها بعض نصـــوص متناثرة (١) • وبقى الفقه الفرنسى ، طوال القرن التاسع عشر ، يعالج الموضوع على أساس أن للحبس حالات معينة مذكورة على سبيل الحصر، وليست له نظرية عامة • وفى مفتتح القرن العشرين نقل سالى عن التقنين المدنى الألمانى النظرية العامة للدفع بعدم التنفيذ ، فكان ذلك حافزا للفقه الفرنسى أن يجعل من الحبس نظرية عامة •

وقام خلاف فى فرنسا هل الحق فى الحبس حق عينى ؟ فقال بعض الفقهاء بذلك (٢) ، ولكن الغالبية — لا سيما فى الفقه الفرنسى المعاصر — لم تر فيه حقاً عينيا (٣) ، اذ هو يفقد المقومات الأساســية للحقــوق العينية ، فليس ينطوى على حق فى التقدم ولا على حق فى التتبع ولا هو خاضع لاجراءات الشهر (٤) •

---

(١) أنظر مثـــلا المواد ٥٤٥ و ٨٦٧ و ١٦١٢ و ١٦١٣ و ١٦٧٣ و ١٧٤٩ و ١٩٤٨ و ٢٢٨٠ من التقنين المدنى الفرنسى •

(٢) انظر : كابرى (Cabrye) فى حق الحبس فقرة ٧٤ — جلاسون (Glasson) فى حق الحبس ص ٣٥ وما بعدها — كاسان (Cassin) ص ٦٦٥ — سيرفى (Surville) ٢ فقرة ٥٤١ — بون (Pont) ١ فقرة ٢١ — فقرة ٢٢ — بيدان ١ فقرة ٢٥١ — فقرة ٢٥٧ •

(٣) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٦٣ هامش رقم ٢٠ — بودرى ودى لوان ١ فقرة ٢٢٨ — لوران ٢٩ فقرة ٢٩٢ — بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٩ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ١٤٧٦ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٢٨٣ — جوسران ٢ فقرة ١٤٧٠ — فقرة ١٤٧١ — قارن فى معنى الحق العينى : أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Rétention فقرة ٩٢ — فقرة ٩٣ •

(٤) اما أنه لا ينطوى على حق تقدم ، فســـنرى أن الحبس لا يكسب امتيازا للدائن الحابس على غيره من الدائنين • وأما أنه لا ينطوى على حق تتبع ، فلأن الحابس اذا تخلى عن حيازة العين المحبوسة فقد حقه فى الحبس ولا يستطيع استرداده • ولم ينظم القانون اجراءات خاصة لشـــهر حقوق الحبس •

ومنذ أنكر على الحق فى الحبس أنه حق عينى ، كان الرأى الراجح فى القانون الفرنسى أن هذا الحق ليس مقصورا على الحالات التى نص عليها التشريع ، وليست هذه الحالات مذكورة على سبيل الحصر ، بل يجوز أن يمتد الحق فى الحبس الى حالات مماثلة عن طريق القياس ، بعد استخلاص قاعدة عامة ترد اليها جميع حقوق الحبس (١) •

ولا يكفى بطبيعة الحال أن يكون هناك دينان ما بين شخصين ، أحدهما دائن للآخر ثم هو مدين له فى الوقت ذاته ، فيحبس المدين الدين الذى عليه حتى يستوفى الحق الذى له • وهذا انما يقع فى المقاصة القانونية ، عندما يكون الدينان من نوع واحد وتوافرت فيهما سائر شروط المقاصة ، فعند ذلك ينقضى الدينان بالمقاصة ، ولا يقتصر الأمر على الحبس أو وقف التنفيذ(٢) •

وانما يجب أن يكون هناك ارتباط (lien de connexité) ما بين الدينين ، وهذا الارتباط يتحقق فى احدى صورتين :

١ — اما أن يكون أحد الدينين قد نشأ بمناسبة الشىء الواجب (debitum cum re junctum) ، فيحبس المدين الشىء الذى يجب عليه أداؤه حتى يستوفى الدين الذى نشأ بمناسبة هذا الشىء ، وذلك كمصروفات الحفظ والصيانة والتحسينات التى ينفقها الحائز على العين التى فى حيازته ، وكالتعويض عن الضرر الذى يحدثه الشىء للحائز ؛ ففى هاتين الحالتين يكون للحائز أن يحبس العين حتى يسترد هذه المصروفات أو يتقاضى هذا التعويض ، فقد نشأ الدين بالمصروفات أو بالتعويض بمناسبة الشىء محل الحيازة •

---

(١) بودرى ولوان ١ فقرة ٢٣٠ — فقرة ٢٣٢ — بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٤٤ •

(٢) بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٤٤ ص ٥٩٧ وهامش رقم ٢ •

٢ — واما أن يكون الارتباط آتيا من أن كلا الدينين مصدره عقد واحد أو علاقة قانونية واحدة ، وذلك كالبائع يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن ، وكالمشترى يحبس الثمن حتى يتسلم المبيع ، وكل من البائع والمشترى بعد فسخ البيع أو ابطاله يسترد ما سلمه الى الآخر فلا يرد أحدهما ما أخذه الا بعد ان يسترد ما أعطاه (١) .

٦٣٨ — **حق الحبس فى التقنين المدنى المصرى السابق** : لم يكن هناك شك فى أن حق الحبس فى التقنين المدنى المصرى السابق كان حقا عينيا (٢) ، فنصوص هذا التقنين كانت صريحة فى هذا المعنى . كانت المادة ١٩/٥ من هذا التقنين تعدد الحقوق العينية التى يمكن أن تترتب على الأموال ، فتذكر على سبيل الحصر حق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الامتياز وحق الرهن وحق الاختصاص وحق الحبس . وكانت المادة ٦٧٨/٥٥٤ تعدد أنواع الدائنين ، فتذكر أولا الدائنين العاديين الذين لا يضمن ديونهم حق عينى ، ثم تعقب بالدائنين ذوى الحقوق العينية فتذكر الدائنين المرتهنين ، فالدائنين الحاصلين على حق اختصاص ، فالدائنين « الذين لهم حق صالح للاحتجاج به على جميع الدائنين الأخر فى حبس ما تحت أيديهم من ملك مدينهم الى حين استيفاء ديونهم » . واذا عرضت مناسبة ، فى نص من نصوص هذا التقنين ، لذكر الحقوق العينية ، كان حق الحبس يذكر صراحة بينها . فقد كانت المادة ١٤٦/٩٢ تنص على أن « التعهد باعطاء حق عينى على عقار أو منقول ينقل ذلك الحق ، بشرط عدم الاخلال بحق الامتياز والرهن العقارى والحبس » . وكانت المادة ٢٥٣/١٨٩ ، وهى تفصل أحكام التجديد (الاستبدال) ، تذكر أنه يجوز الاتفاق على « أن التأمينات العينية كالامتيازات ورهن العقار وحبس العين تكون تأمينا على الدين الجديد » .

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ٦ فقرة ٤٤٥ .

(٢) انظر مع ذلك : استئناف مختلط ٣٠ مايو ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤١ .

وقد جعل حق الحبس فى هذا التقنين حقا عينيا ، فصل بطبيعة الحال عن الدفع بعدم تنفيذ العقد ، وعددت حالاته على سبيل الحصر، شأنه فى ذلك شأن سائر الحقوق العينية . فكانت المادة ٦٠٥ /٧٣١ من التقنين المدنى السابق تجرى على الوجه الآتى : « يكون الحق فى حبس العين فى الأحوال الآتية ، فضلا عن الأحوال المخصوصة المصرح بها فى القانون (١) : أولا — للدائن الذى له حق امتياز (٢) . ثانيا — لمن أوجد تحسينا فى العين ، ويكون حقه من أجل ما صرفه أو ما ترتب على مصرفه من زيادة القيمة التى حصلت بسبب التحسين على حسب الأحوال (٣) . ثالثا — لمن صرف على العين مصاريف ضرورية أو

---

(١) هذه الاحوال المخصوصة التى كان مصرحا بها فى التقنين المدنى السابق هى : (ا) حق البائع فى حبس المبيع حتى يقبض الثمن (م٢٧٩/٣٥٠)، أما حق المشترى من حبس الثمن اذا حصل تعرض له فى وضع يده على المبيع اوظهر سبب يخشى منه نزع الملكية(٣٣١/٤١١) فيستعصى فى التكييف أن يكون حقا عينيا ، لان الثمن دين فى ذمة المشترى وليس بعين محبوسة ، وهو قبل دفعه ملك للمشترى والشخص لا يكون لهحق عينى على ملكه ، وانما يكون هذا الحق تطبيقا من تطبيقات الدفع بعدم تنفيذ العقد (ب) حق المستأجر فى حبس العين المؤجرة عند بيعها بيعا يكون سببا فى فسخ عقد الايجار ، حتى يستوفى من المؤجر اومن المشترى التعويض الواجب له (م٣٩٠فقرة٢/٤٧٧). (جـ) حق حافظ الوديعة فى حبس العين المودعة ، حتى يستوفى من المودع « المصاريف المنصرفة منه لحفظها ويعطيه بدل الخسارات التى نشأت له عنها » (م ٤٨٨ فقرة ٢/٥٩٧) .

وهناك نصوص أخرى ، فى غير التقنين المدنى ، تعطى للدائن حق الحبس : (١) حق الوكيل بالعمولة فى حبس البضائع التى تحت يده (م ٨٥ تجارى) . (ب) حق القبودان فى حبس البضائع التى فى السفينة (م ١٢٥ بحرى) . (جـ) حق المنزوع ملكيته للمنفعة العامة فى حبس العقار ، حتى يستوفى من نازع الملكية التعويض المستحق له . انظر فى ذلك : الاستاذ صلاح الدين الناهى فقرة ١٧٥ ص ١٨٤ هامش رقم ١ ، وفى القانون الفرنسى : اوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٥٧ هامش رقم ٢ .

(٢) ولو كان حق الامتياز هذا غير مبنى على فكرة الرهن الضمنى ، فمن انفق على شىء لحفظه أو ترميمه كان له حق امتياز عليه ، وكان له ايضا أن يحبسه . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بانه يجوز للميكانيكى الذى أصلح سيارة أن يحبسها حتى يستوفى أجرة اصلاحها (١٣ ابريل سنة ١٩٣٢م ٤٤ ص ٢٧٠) .

(٣) استئناف مصر ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ص ١٣٧ — استئناف مختلط ١٦يونيةسنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٧٢ — ٧ فبراير =

مصاريف لصيانتها (١) » •

وكان يمكن على أساس هذه النصوص وضـع نظـرية عامة لحق الحبس فى التقنين المدنى السابق • فحق الحبس هو الحـق العينى (٢) الذى يثبت لغير المالك على الشىء الذى فى حيازته الى حين استيفـاء دينه بتمامه • ومصدره نص فى القانون ، فلا يجوز الاتفاق على خلق حق حبس جديد غير ما نص عليه القانون ، وذلك فيما عدا رهن الحيـازة حيث يثبت حق الحبس بالاتفـاق • فأركان حـق الحبس اذن ثلاثة : ١ — نص فى القانون ينشئه ٢ — دين صحيح حال للحائز فى ذمة المدين ٣ — شىء مملوك للمدين تحت حيازة الـدائن • ولا يقـع الحبس عـلى الأشياء المعنوية كحق الانتفاع ، ولا على مالا يجوز بيعه كحق الاستعمال وحق السكنى وحق المستحق فى الوقف • وقد يكون الشىء المحبـوس مملوكا لغير المدين كأمتعة المستأجر من الباطن • ويجب أن تتم الحيازة على وجه قانونى ، لا خلسة أو غشا أو اكراها • ولما كان حق الحبس

= سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٢٧ — ٢٢ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٤٦ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨٣ — ١٤ يونيه سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥٠٠ — ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢١٦ — ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ — قارن : استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٣ ص ٦٩ •

(١) استئناف مختلط ١٣ ابريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٧٠ — ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ •

(٢) على أن الفقهاء عند تعرضهم للآثار التى تترتب على حق الحبس لاحظوا أنه لا يخول للدائن حق تقـدم أو حق تتبع بالمعنى المألوف ، فدفعهم ذلك الى القول بأن حق الحبس حق عينى من نوع خاص (sui generis) (الاستاذ محمد كامل مرسى فى التأمينات الشخصية والعينية سنة ١٩٣٨ فقرة ٦٤٦) • وذهبت محكمة الاستئناف المختلطة فى أحد أحكـامها الى أن حق الحبس حق شخصى لا حق عينى ، وأنه لا يخول صـاحبه مزية التتبع ، فاذا رفعت يد الوكيل عن عقارات موكله عنوة ، ولم يطلب استردادها لاستعمال حق الحبس عليها من أجل المصروفات التى أنفقها ، كان دينه دينا عاديا (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤١ وهو الحكم الذى سبقت الاشـارة اليه) • وانظر فى أن حق الحبس حق عينى : محكمة الاسـكندرية الكلية الوطنية ٢٩ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٩١ ص ٩٧٨ •

حقا عينيا ، فانه يتضمن حق تتبع على نحو خاص ، فيجوز لمن له حـــق الحبس أن يتمسك بحقه فى مواجهة مالك العين ودائنيه والخلف العـــام والخلف الخاص ، ولكنه اذا تخلى عن الحيازة اختيارا لم يجــز له أن يستردها وفقد حقه فى الحبس • ويتضمن حق الحبس أيضا حق تقـــدم ولكن بطريقة غير مباشرة ومن ناحية عملية ، فصاحب هذا الحق يستطيع أن يستبقى الشىء فى حيازته حتى يستوفى الدين الذى له وبذلك يتقدم عمليا على غيره من الدائنين (١) • ولكن حق الحبس ، بالرغم من عينيته، لم يكن خاضعا لاجراءات الشهر ، على خلاف فى الرأى (٢) •

وقد حاول الفقه المصرى ، فى عهد التقنين المدنى الســـــابق ، أن يشكك فى عينية حق الحبس ، وأن يضع الى جانب هذه العينية فكرة أن الحق فى الحبس ليس الا دفعا بعدم التنفيذ ، فهو ليس بحق عينى ولا بحق شخصى • ولكن صراحة النصوص فى التقنين المدنى السابق كانت قاطعة فى أن هذا التقنين يعتبر حق الحبس حقا عينيا • فلم تكن هـــــذه المحـــاولات الفقهية الا بمثابة ارهاصات تؤذن بما يكون عليه

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن حق الحبس لا يعطى صاحبه لا حق التتبع ولا حق الاولوية ، وليس لصاحبه الا رفض التسليم ، واذا بيعت العين فلايدخل فى التوزيع الا كدائن عادى • ولكن من وجهة أخرى فأن دائنى صاحب العين وخلفاءه لايمكنهم رفع يد الحابس الا بعد سداد المبالغ التى له ، واذا بيعت العين لم يمكن المشترى تسلمها الا اذا دفع الدين المطلوب عليها للحابس • فهو من هذه الجهة شبيه بالحق العينى ، ويمكن الاحتجاج به على صاحب العين أو من تلقى الملك عنه ، ولواضع اليد ألا يسلم الشىء الا اذا دفع له قيمة ما صرفه (٩ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٨٨ ص ١١٧٤) •

(٢) فقد قضت محكمة استئناف مصر بأن حـــق الحبس الذى قد يكون للمقاول بالنسبة الى ما صرفه على العمارة لا يقتضى حق التتبع ، ولا يمكن الاحتجاج به قبل الغير ، الا اذا كان ناشئا عن امتياز مسجل تسجيلا صحيحا (١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣٠٨ ص ٦٣٨) • وقضت محكمة الاسكندرية الكلية الوطنية بأن حق الحبس يعتبر حقاً عينيا ، لان مايترتب عليه من الآثار الفعلية يعادل تماما ما يترتب من الآثار القـــــانونية على الحقوق العينية ، أى حق التتبع والامتياز ، وعلى ذلك فلاينشأ هذا الحق الا بتسـجيله لا بمجرد التعاقد (٢٩ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٩١ ص ٩٧٨ وهو الحكم الذى سبقت الاشارة اليه) •

المستقبل ، وقد دفعت فعلا عند تنقيح التقنين المدنى الى الرجوع بالحق فى الحبس الى طبيعته الحقيقية من أنه دفع وليس بحق ، فسار على هذا النهج التقنين المدنى الجديد (١) •

٦٣٩ — **الحق فى الحبس فى التقنين المدنى المصرى الجديد** : هجر التقنين المدنى الجديد نظرية التقنين المدنى السابق فى أن الحق فى الحبس حق عينى • وقد جارى التقنين الجديد بهذا النهج التطور الحديث فى الفقه والتشريع (٢) ، وجعل من الحق فى الحبس نظرية عامة تنبسط على جميع نواحى القانون ، ولا تنحصر فى حالات معينة تتناثر فى النصوص المتفرقة • ذلك أن الحق فى الحبس يقوم فى أساسه على مبدأ عام ، هو أن الدائن اذا كان مدينا فى الوقت ذاته لمدينه ، فمن حقه بقدر الامكان أن يستوفى الدين الذى له من الدين الذى عليه • وهذا المبدأ يقوم على اعتبارات تمليها بداهة المنطق ومقتضيات العدالة،وتمتد فى جذورها الى أعماق التاريخ فقد كان القانون الرومانى كما قدمنا يعالج الحالات التى تتجمع حول هذا المبدأ بعلاج واحد هو الدفع بالغش (exceptio doli)

---

(١) وكنا ممن ينتقد ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، عينية الحق فى الحبس التى اعتنقها هذا التقنين ، كاشفين عن حقيقتة من انه دفع لا حق (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٦٨ ص ٧١٣ هامش رقم ١) • ولا ضرر يعود على الغير من اعتبار الحق فى الحبس دفعا ساريا فى حقه دون أن يشهر ، ذلك أن الدائن ، اذا حبس عن مدينه ما عليه لهذا المدين حتى يستوفى حقه المرتبط بالدين المحبوس ، فانه لا يثرى على حساب مدينه ، بل يتجنب أن يثرى المدين نفسه على حسابه هو (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٩) •

(٢) انظر التقنين المدنى الالمانى م ٢٧٢/٢٧٤ و ٣٢٠ — ٣٢٢) والتقنين المدنى الارجنتينى (م ٣٩٣٩ — ٣٩٤٦) • أما التقنين المدنى السويسرى (م ٨٩٥ — ٨٩٨) فيبدو انه يعتبر حق الحبس حقا عينيا (انظر بنوع خاص م ٨٩٨) • وانظر فى حق الحبس وبوجه عام الامتناع المشروع عن الوفاء فى الفقه الاسلامى الدكتور صلاح الدين الناهى فى الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ٣٤٠ وما بعدها •

ونجد تطبيق هذا المبدأ كاملا فى المقاصة القانونية ، فحيث يكون الدائن مدينا لمدينه ، وتوافر فى الدينين صفات معينة بأن يكونا خاليين من النزاع وحالين ومن جنس واحد ، فكل دائن منهما يستوفى الدين الذى له من الدين الذى عليه ، فيقال أن الدينين قد انقضيا قصاصا بقدر الأقل منهما (١) .

ثم نجد تطبيق هذا المبدأ بعد ذلك فى العقود الملزمة للجانبين ، فلكل من المتعاقدين أن يقف الوفاء بالدين الذى عليه حتى يستوفى الدين الذى له ، وهذه قاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد ، وقد بسطناها تفصيلا فى الجزء الأول من هذا الوسيط (٢) .

ثم نجدتطبيق هذا المبدأ فى العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة ، فلحافظ الوديعة أن يقف تنفيذ التزامه من رد الوديعة الى المودع ، حتى يستوفى ما فى ذمة المودع من مصروفات أنفقت فى حفظ الوديعة ومن تعويض عما عسى أن تكون الوديعة قد أحدثت من الضرر .

---

(١) وتختلف المقاصة عن الحبس فى أمرين : (أ) يشترط فى المقاصة اتحاد جنس الدينين دون حاجة الى قيام ارتباط فيما بينهما . وعلى النقيض من ذلك الحبس ، فيشترط فيه الارتباط دون اتحاد جنس الدينين . (ب) المقاصة سبب لانقضاء الدينين بقدر الاقل منهما ، فهى وسيلة ضمان ووسيلة استيفاء . أما الحبس فيبقى الدينين قائمين واحدهما ضامن للآخر ، فهو وسيلة ضمان دون ان يكون وسيلة استيفاء (بودرى ودى لو ان فقرة ٢٢٠ — جوسران ٢ فقرة ١٤٦٦ — الاستاذ سليمان مرقس فى التأمينات ص ٦١٩ هامش رقم ٢ — الدكتور صلاح الدين الناهى فى الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ١٩٢ — فقرة ١٩٨) .

(٢) الوسيط للمؤلف الجزء الاول فقرة ٤٩٢ — فقرة ٥٠٣ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٦٦ — فقرة ٦٧٧ — وانظر ايضا الدكتور صلاح الدين الناهى فى الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ١٢٤ وما بعدها — الاستاذ اسماعيل غانم فى احكام الالتزام ص ١٨١ هامش رقم ١ — وقارن فى التمييز بين الحق فى الحبس والدفع بعدم تنفيذ العقد : كابيتان فى السبب فقرة ١٢٦ — دى باج ٢ فقرة ٨٧١ — انسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Rétention فقرة ٢ وفقرة ٢٧ — فقرة ٣١ — الاستاذ حلمى بهجت بدوى فى نظرية العقد فقرة ٣٥٧ — فقرة ٣٦٠ — الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات فقرة ١٦٤ ص ٢٤٤ هامش رقم ١ .

ثم نجد تطبيق هذا المبدأ حتى لو لم تقم علاقة تعاقدية بين الطرفين ، ما دامت هناك رابطة تربط العين المحبوسة بالدين المحبوس من أجله (rappart de conrexité entre la dette et la chose debitum) (um rejunctum) كالحائز يحبس العين حتى يسترد من المالك المصروفات ومصروفات التحسين •

بل ان هناك ميلا عند بعض الفقهاء (١) للذهاب الى مدى أبعد من هذا ، واعطاء الحق فى الحبس للدائن ما دام مدينا لمدينه ، حتى لو لم توجد أية رابطة ما بين الدينين ، فالتقابل ما بين الدينين ، لا الرابطة بينهما ، هو الذى نقف عنده لاعطاء الحق فى الحبس • ويتحقق هذا الوضع الآن عملا ، لا من طريق الحق فى الحبس ، بل من طريقين آخرين : (أولا) من طريق المقاصة القضائية ، فيدفع المدين دعوى دائنية عن طريق دعوى فرعية (demande reconventionnelle) يرفعها على الدائن يطالبه فيها بدين له فى ذمة دائنة — ولو لم يوجد أى ارتباط ما بين الدينين • فاذا كان المدين محقا فى دعواه الفرعية ، أجرى القاضى مقاصة قضائية ما بين الدينين • (ثانيا) من طريق حجز الدائن تحت يد نفسه (saisie - arrêt sur soi - même) فللدائن اذا كان فى الوقت ذاته مدينا لمدينه أن يحجز هذا الدين الذى عليه لمدينه تحت يد نفسه ، ولو لم يكن بين الدينين أى ارتباط ، واذا حكم القاضى بصحة الحجز أجرى المقاصة ما بين الدينين • فما يصل اليه الشخص الآن عن طريق المقاصة القضائية وعن طريق الحجز تحت يد نفسه ، يمكن اذا تطور الفكر القانونى أن يصل اليه عن طريق الحق

---

(١) انظر بنوع خاص كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ١٤٨٢ ص ١٤٨٢ ص ٩٣٦ هامش رقم ٣ •

فى الحبس ، اذا بلغ هذا الحق فى تطوره مداه الأخير ، وأصبح يثبت فى أى دينين متقابلين من غير أن تقوم بينهما أية رابطة (١) .

ونتبين من هذا التحليل طبيعة الحق فى الحبس فى التقنين المدنى الجديد . فليس هو بالحق العينى ، ولا بالحق الشخصى (٢) . بل هو حق المدين فى أن يقف الوفاء بدينه حتى يستوفى الدين الذى له فى ذمة دائنه، فهو دفع بعدم التنفيذ ، يدخل تحته الدفع بعدم تنفيذ العقد الذى يعتبر فرعا عنه (٣) وهو بمثابة ضمان خاص أعطاه التقنين المدنى الجديد لكل دائن يكون مدينا فى الوقت ذاته لدائنه ، فيحبس الدين الذى عليه حتى يستوفى الدين الذى له . ومن ثم نقل الحق فى الحبس من المكان الذى كان له فى التقنين المدنى السابق الى المكان الذى له الآن فى التقنين المدنى الجديد ، فأدرج ضمن ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل ضمان ، اذ هو احدى وسائل الضمان فى هذه الحالة الخاصة (٤) ، وكما أن الدائن فى الدعوى غير المباشرة يتوثق للتنفيذ بحقه حقا أهمله المدين ، وفى الدعوى البوليصية حقا نقله المدين للغير غشا ، وفى دعوى الصورية حقا تظاهر المدين بنقله للغير ، فالدائن فى الحبس يتوثق للتنفيذ بحقه حقا للمدين ترتب فى ذمته هو .

وهناك أهمية عملية كبيرة فى هذا التحوير الذى أتى به التقنين

---

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥١ .

(٢) انظر هذا المعنى الاستاذسليمانمرقس فى التأمينات فقرة ٤٣٦ — الاستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢١٧ — الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤٨ — وقارن الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات الشخصية والعينية(فقرة ١٦٢ ص ٢٤٠)حيث يذهب الى أن الحق فى الحبس حق شخصى يترتب فى ذمة المدين متعلقا بالشيء المحبوس .

(٣) جوسران ٢ فقرة ١٤٧١ — أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Réténtion فقرة ٦ .

(٤) قارب فى هذا المعنى الدكتور صلاح الدين الناهى فى الامتناع المشروع عن الوفاء ص ٤٢١ — ص ٤٢٢ .

المدنى الجديد ، وانتقل بمقتضاه الحق فى الحبس من حق عينى الى دفع بعدم التنفيذ • وتتبين هذه الأهمية من الوجوه الآتية :

١ — أصبح الحق فى الحبس غير مذكور على سبيل الحصر ، بل هو يمتد الى « أحوال لا تتناهى (١) » ، اذ هو دفع وليس بحق عينى أو حق شخصى•

٢ — تزول بالتكييف الجديد صعوبات كانت قائمة فى عهد التقنين السابق ، فقد كان هذا التقنين يعتبر الحق فى الحبس حقا عينيا ، ومع ذلك فأن حق التقدم وحق التتبع المصاحبين دائما للحقوق العينية لا يظهران فى وضوح مصاحبين لهذا الحق العينى •

٣ — تنتهى بالتكييف الجديد مشكلة اجراءات الشهر ، فقد كان واجبا اذا كيف الحق فى الحبس بأنه حق عينى أن يكون خاضعا للشهر ، أما الآن فهو دفع لا حق عينى ، ومن ثم لا يخضع لهذه الاجراءات •

فالتكييف الصحيح للحق فى الحبس فى التقنين المدنى الجديد اذن هو أنه دفع بعدم التنفيذ ، يخول للدائن الذى يكون فى الوقت ذاته مدينا لمدينه أن يقف الوفاء بالدين الذى عليه حتى يستوفى الدين الذى له • ويقوم ذلك على اعتبارات ترجع الى مقتضيات العدالة وبداهة المنطق القانونى (٢) •

---

(١) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٧ ص ٦٤٨ •

(٢) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ماياتى : « صور المشروع حق الحبس تصويرا يكشف عن حقيقته ، فهو ليس من قبيل الحقوق العينية كما صور خطأ فى التقنين الحالى (السابق) : انظر المادة ١٩/٥ من التقنين المصرى (السابق) ، بل هو مجرد دفع يعتصم به =

ونبحث الحق فى الحبس فى التقنين المدنى الجديد ، وفقا للخطة التى سار عليها هذا التقنين ، من الوجـوه الآتية : (أولا) من حيث نشوئه (م ٢٤٦ مدنى) . (ثانيا) ومن حيث الآثار التى تترتب عليـه (م ٢٤٧ مدنى) . (ثالثا) ومن حيث انقضائه (م ٢٤٨ مدنى) .

= الدائن بوصفه وسيلة فعالة من وسائل الضمان . وقد كف بهذه المثابة عن أن يكون حق حبس ، وأصبح حقا فى الحبس . وعلى هذا النحو خـرج المشروع بهذا الحق من نطاق التطبيقـات الخاصة التى وردت فى التقنين الحالى (السابق) على سبيل الحصر ، الى حيز المبادىء العامة ، وبذلك كفل له عموم التطبيق فى أحوال لا تتناهى . فلكل مدين أن يمتنع عن الوفـاء بالتزامـه استنادا الى حقه فى الحبس ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام نشأ بسبب التزام هذا المدين وكان مرتبطا به (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٤٨) .

وجاء أيضا فى المذكرة الايضاحية ما ياتى : صور المشروع حـق الحبس تصويرا يكشف عن حقيقته ، فجعل منه مجرد دفع من الدفوع لا يختلط بالحقوق العينية ولا يشاركها فى مقوماتها ثم انه استعاض عن بيان أحوال الحبس على سبيل الحصر بايراد قاعدة عامة ، لها من السـعة ما يؤهلها لان تتناول جميع التطبيقات التى يملى العقل فيها وجوب تخويل هذا الحـق ، فتحامى بذلك ما ينطوى فى ذلك البيان من اسراف فى الحرج والتضـييق » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥١) .

وقد قضت محكمة النقض بان المادة ١٦١ من القـانون المدنى خولت للمتعاقد فى العقود الملزمة للجانبين حقا فى ان يمتنع عن تنفيذ التزامه اذا لم يقم المتعاقد الاخر بتنفيذ ما التزم به وهذا الحق — وهو ما اصطلح عـلى تسميته بالدفع بعدم التنفيذ — ان هو الا الحق فى الحبس فى نطاق العقـود الملزمة للجانبين . ولئن كان المعتصم بهذا الحق أو الدفع فى غير حاجة الى دعوى يرفعها على المتعاقد الأخر للترخيص له باستعمال هذا الحق ، بل له أن يتربص حتى ترفع عليه الدعوى من ذلك المتعاقد الآخـر بمطالبته بتنفيذ ما توقف عن تنفيذه من التزاماته فيتمسك فيها حينئذ بحقه فى عدم التنفيذ ، الا انه ليس فى القانون ما يمنعه من رفع دعوى على المتعاقد الآخر بالاستناد الى حقه هذا اذا ما انكره عليه هذا المتعاقد او نازعه فى مدى ما يحق له حبسه من التزاماته وأراد هو من ناحية أخـرى ان يؤمن نفسه من عواقب ما قد يقع فيه من خطأ فى تقدير هذا المدى ذلك ان لكل حق دعـوى تحميه عند الاعتداء عليه وتقرره عند المنازعة فيه . (نقض مدنى فى ١١ من نوفمبر سـنة ١٩٦٥ — مجموعة احكام النقض السنة ١٦ رقم ١٥٩ ص ١٠١٨)

الفـــرع الأول

نشوء الحق فى الحبس

٦٤٠ — **النصوص القانونية** :تنص المـــادة ٢٤٦ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنـــع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به ، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا » •

« ٢ — ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه اذا هـــو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فان له يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفى ما هو مستحق له ، الا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع » (١) •

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٦٠٥/٧٣١ • وقد سبق ذكرها ، وكذلك سبقت مقارنة التقنين المدنى السابق بالتقنين المدنى الجديد فى هذا الموضوع •

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٣٣١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد فيما عدا بعض اختلاف لفظى وفى لجنة المراجعة ادخلت بعض تعديلات لفظية فأصبح النص مطابقا ، وصار رقمه ٢٥٨ فى المشروع النهـــائى • ووافق عليه مجلس النواب • وفى لجنة مجلس الشيوخ اعترض بأن النص يقرر مبدأ جديدا ، لانه يصور حق الحبس فى أوسع نظرياته • ورد على هذا الاعتراض بأن النظرية التى أخذ بهـــا النص ليست نظرية جديدة بل هى نظرية الدفع بعدم التنفيذ ، على أن حـــق الحبس لا يتوافر بمجرد أن يقع شيء للمدين صدفة فى يد الدائن ، بل يجب أن تتوافر شروط معينة • وحكم النص ليس جديدا ، بل يوجد ما يماثله • ولم تر اللجنة الاخذ بهذا الاعتراض ، واقرت النص كما هو تحت رقم ٢٤٦ • ثم اقره مجلس الشيوخ دون تعديل (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٠ و ص ٦٥١ ـــ ص ٦٥٣) •

ويقـابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٤٧ ، وفى التقنين المدنى العراقى المواد ٢٨٠ — ٢٨٢ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٤٩ ، وفى تقنين الموجبـات والعقود اللبنانى المادتين ٢٧١ — ٢٧٢ ، وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٣١٨ ، وفى التقنين المدنى الأردنى المواد من ٣٨٧ — ٣٨٩(١) .

ويتبين من هذا النص أن للحق فى الحبس شروطا اذا توافرت نشأ هذا الدفع ، وأن له تطبيقات متنوعة لا يمكن ذكرها على سـبيل الحصر . فنبسط هذه الشروط ، ثم نستعرض بعض التطبيقـات سـواء ما ورد فيه نص صريح أو ما لم يرد فيه نص .

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الاخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٤٧** . مطابقة لنص التقنين المصرى .

التقنين المدنى العراقى : م ٢٨٠ — ١ — للبائع ان يحبس المبيع الى ان يؤدى المشترى جميع الثمن الحال . وللعـامل ان يحبس الشىء الذى يعمل فيه الى أن يستولى الاجر المستحق، سواء كان لعمله اثر فى هذا الشىء او لم يكن . وذلك كله وفقا للاحكام التى قررها القانون ٢٠ — وفى كل معاوضة مالية بوجه عام ، لكل واحد من المتعاقدين أن يحبس المعقود عليه وهو فى يده حتى يقبض البدل المستحق .

م ٢٨١ : يجوز لمن أنفق على ملك غيره ، وهـو فى يـده ، مصروفات ضرورية أو نافعة ، او انشأ فيه بناء او غرس اشجارا ، ان يمتنع عن رده حتى يستوفى ماهو مستحق له قانونا ، لا ان يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع .

م ٢٨٢ : ١ — لكل من التزم بأداء شىء أن يمتنع عن الوفـاء به مادام الدائن لم يوف بالتزام فى ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطا به ٢ — فاذا قدم الدائن تأمينا كافيا للوفاء بالتزامه ، سقط حق المدين فى الامتناع عن أداء ما التزم به .

(وهذه النصوص فى جملتها تتفق فى احكامها مع احكام التقنين المدنى المصرى ، وان كان التقنين المدنى العراقى توخى ان يساير الفقه الاسلامى فى تطبيقاته المختلفة للحق فى الحبس ، ثم انتهى الى وضع قاعـدة عامة هى القاعدة التى اتى بها التقنين المصرى — انظر فى شرح هذه النصـوص فى التقنين المدنى العراقى الدكتور حسن على الذنون فى أحكام الالتزام فى التقنين المدنى العراقى ص ١١٠ — ص ١١٣) .

التقنين المدنى الليبى م ٢٤٩ : مطابقة لنص التقنين المدنى المصرى .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٧١ : اما وسائل التنفيذ فهى بالعكس لا يجوز للدائن استعمالها الا اذا كان حقه مستحق الأداء . واخص تلك =

المبحث الأول

الشروط الواجب توافرها لنشوء الحق فى الحبس

٦٤١ — شرطان لنشوء الحق فى الحبس : وضعت الفقرة الأولى من المادة ٢٣٦ قاعدة عامة يرد اليها جميع تطبيقات الحق فى الحبس . وهذا هو الجديد الذى أتى به التقنين المدنى الحالى ، فقد كان حق الحبس فى التقنين المدنى السابق ، كما رأينا ، يقتصر على حالات خاصة مذكورة على سبيل الحصر ، اذ كان يعتبر فى هذا التقنين حقا عينيا .

= الوسائل الحجز التنفيذى ، ومنها ايضا طريقة التغريم (المادة ٢٥١) وحق الحبس ، اى حق كل شخص دائن او مديون معا فى معاملة أو حالة واحدة بأن يمتنع عن التنفيذ مادام الفريق الآخر لم يعرض القيام بما يجب عليه . م ٢٧٢ : ان حق الحبس لا ينحصر فى كل من كان دائنا ومديونا بموجب عقد متبادل ، بل يوجد أيضا فى كل حالة يكون فيها الدين متصلا بموضوعه ، اى حيث يكون التلازم موجودا بين الموجب المطلوب والدين المختص بمن يستعمل حق الحبس من اجل ذلك الموجب ، فهو اى فى حق الحبس يعود مثلا الى واضع اليد أو المستثمر أو الى محرز الشىء المرهون بدون أن يكون ثمة تمييز بين الاموال المنقولة وغير المنقولة ولا بين الحابس الحسن النية وسيئها . وانما يحرم حق الحبس محرز الاشياء المفقودة أو المسروقة ومحرز الأشياء التى انتزعت بالعنف من صاحبها الحقيقى .

(وأحكام هذه النصوص تتفق فى جملتها مع احكام نصوص التقنين المصرى ، فقد جعل التقنين اللبنانى من الحق فى الحبس نظرية عامة ولم يورد تطبيقاته على سبيل الحصر ، ولم يجعله حقا عينيا ، وتناول به حالتى الدفع بعدم تنفيذ العقد والارتباط ما بين الشىء المحبوس والدين المحبوس من أجله ، وأوجب الا يكون الالتزام سببه احراز الاشياء المفقودة أو المسروقة واحراز الاشياء التى انتزعت بالعنف من صاحبها الحقيقى . وأورد تطبيقات مختلفة للحق فى الحبس نثرها فى نواح متفرقة : م ٤٨٣ و ٥٧١ و ٥٨٢ و ٦٧٧ و ٦٨٦ و ٧١٨ و ٧٥١ و ٧٩٣ و ٧٩٨ الخ .. الخ .. انظر فى كل ذلك الدكتور صبحى المحمصانى فى آثار الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٤٦ — ص ٤٩) .

التقنين المدنى الكويتى : م ٣١٨ (مطابقة لنص التقنين المدنى المصرى مع اختلاف طفيف فى الصياغة) .

التقنين المدنى الاردنى : م ٣٨٧ — م ٣٨٩ (مطابقة فى حكمها لنص التقنين المدنى المصرى مع اختلاف فى الصياغة) .

أما فى التقنين الجديد فلا تحصر حالات الحق فى الحبس ، ولكن تحصر الشروط التى اذا هى توافرت تنشىء الحق فى الحبس • ويمكن من الرجوع الى النص المشار اليه حصر هذه الشروط فى شرطين اثنين :

(أولا) أن يكون هناك شخصان كل منهما دائن للاخر ومدين له ، ومن ثم يكون هنـاك دينان متقابلان : دين فى ذمة الأول للثانى ، ودين مقابل له فى ذمة الثانى للأول •

(ثانيا) أن يكون هناك ارتباط (lien de connexité) ما بين الدينين • ونستعرض كلا من هذين الشرطين •

٦٤٣ — الشرط الأول — دينان متقـابلان : يجب أولا أن يكون هناك شخص مدين لآخر ، وثانيا أن يكون هذا الآخر مدينا هو أيضـا للأول فيقف الأول الوفاء بالدين الذى عليه حتى يستوفى الدين الذى له (١) •

أما الدين الذى فى ذمة الشخص الأول — وهو المحل الذى يقع عليه الحبس — فيصح أن يكون متعلقا بعين معينة بالذات ، كدار باعهـا صاحبها فاصبح مدينا بتسليمها الى المشترى ، فيقف تنفيذ التزامـه بالتسليم حتى يستوفى الثمن (٢) • ويصبح أيضا أن يكون الدين محله

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مجال اثارة الدفع بعدم التنفيذ مقصور على ما تقابل من التزامات طرفى الاتفاق ومناط ذلك ارتباطهما وهو ما لمحكمة الموضوع حق استظهاره : نقض مدنى فى ٢٢ فبـــراير سنة ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ رقم ٩٦ ص ٥٠٥

(٢) والغالب فيما يرد عليه الحبس ان يكون شيئا ماديا منقولا او عقارا (استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١) ولا يرد الحبس على الاشخاص بأية حال ، فلا يجوز مثلا لصاحب المدرسة ان يحبس التلميذ عن ولى عن ذويه حتى يستوفى اجره ، ولا للمعهد الجنائز ان يمتنع عن تسليم جثة الميت امره لعدم دفعه المصروفات الدراسية ، ولا لمستشفى الولادة ان يحبس المولود عن ذويه حتى يستوفى اجره ، ولا لمتعهد الجنائز ان يمتنع عن تسليم جثة الميت الى اهله حتى يستوفى منهم مصروفات الجنازة : بيدان وفواران فقرة ٢٧٣ — الاستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤١٠) • =

شيء غير معين بالذات ، نقود أو أشياء مثلية ، كما لو اشترى شخص شيئا فيقف دفع الثمن للبائع حتى يقوم البائع بتسليمه الشيء المبيع . بل يصح أن يكون محل الدين عملا أو امتناعا عن عمل . فالمقاول يستطيع ألا يبدأ العمل حتى يستوفى ما اتفق مع رب العمل على أن يعجله له من الأجر . وصاحب الأرض الذى تعهد ألا يمنع جاره من المرور فى أرضه ، مقابل جعل معين ، يستطيع أن يقف تنفيذ التزامه فيمنع الجار من المرور حتى يستوفى جعله(١) . على أنه لا يصح أن يكون محل الدين

= ويغلب أن يكون الشيء المحبوس مملوكا للمدين ، ولكن ذلك ليس بشرط ، فقد يكون مملوكا للدائن الحابس نفسه وعليه التزام بأدائه للمدين . فالمؤجر له أن يحبس العين المؤجرة — وهى ملكه ولكنه التزم بتسليمها للمستأجر — حتى يستوفى الاجرة (انسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ (Rétention) فقرة ١٦ ص ٧٠٥ — الاستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤١٠ ص ٥٩٦ — الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٦٥ ص ٢٦١ — الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٤ — قارن كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ١٤٧٣ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٢٧ — الدكتور منصور مصطفى منصور فى نظرية الحلول العينى رسالة على الآلة الكاتبة من القاهرة سنة ١٩٥٢ ص ١٧٩ هامش رقم ٢) .

(١) كاسان ص ٤٨٥ — هذا والمادة ٨٦٢ من التقنين المدنى تجعل لمالك الارض المحبوسة حق المرور فى الارض المجاورة نظير تعويض عادل ، فاذا امتنع من دفع هذا التعويض ، كان لمالك الارض المجاورة ان يقف تنفيذ التزامه فيمنع مالك الارض المحبوسة من المرور .

ونرى مما تقدم أن نطاق الحق فى الحبس قد اتسع من حيث الالتزامات التى يجوز الامتناع عن تنفيذها ، ونص التقنين المدنى الجديد يستجيب لهذا التوسع ، فهو يفترض أن الحابس ملتزم «بأداء شيء» (tenue à une prestation). ولفظ « شيء » ، الذى اريد به المعنى المقصود من لفظ Rétention يتسع لكل التزام أيا كان محله ، ولو كان المحل امتناعا عن عمل . فليس من الضرورى ان يحبس الدائن عينا مادية ، بل يصح أن يحبس تنفيذا التزام بنقل حق عينى أو بعمل أو بامتناع عن العمل . واذا كان التقنين المدنى الالمانى (م ٢٧٣) قد عرف الحق فى الحبس تعريفا واسعا قصد به أن يتناول الحبس كل التزام أيا كان محله ، فلسنا نرى — خلافا لما ذهب اليه الاستاذ اسماعيل غانم (أحكام الالتزام فقرة ١٤٣) — أن التقنين المدنى المصرى الجديد قد تخلف عن التقنين المدنى الالمانى فى ذلك . أمره لعدم دفعه المصروفات الدراسية ، ولا لمستشفى الولادة أن يحبس المولود

ملكا عاما ، استأجره شخص مثلا وأنفق عليه ويريد حبسه حتى يستوفى ما أنفق ، وذلك أن حبس الملك العام يفوت المصلحة العامة التى أعد لها هذا الملك (١) • كما لا يصح أن يكون محل الدين شيئا غير قابل للحجز عنيه فى الدين المقابل • فلا يحبس هذا الشيء عن صاحبه الا بقدر مايكون قابلا للحجز عليه فى هذا الدين • مثل ذلك ما نصت عليه المادة ٣٠٩ من تقنين المرافعات الجديد من أنه لا يجوز الحجز على الأجور والمرتبات الا بمقدار الربع ، وعند التزاحم يخصص نصفه لوفاء دين النفقة المقررة والنصف الآخر لما عداه من الديون • ومثل ذلك أيضا ما نصت عليه المادة ٣٠٦ من تقنين المرافعات من عدم جواز الحجز على أشياء معينة الا لاقتضاء ثمنها أو مصاريف صيانتها أو نفقة مقررة ، فلا يجوز حبسها عن صاحبها الا فى دين من هذه الديون (٢) •

ولا يشترط فى الدين — محل الحبس — أن يكون مصدره عقدا ، فقد يكون مصدره عملا غير مشروع أو اثراء بلا سبب أو نصا فى القانون • فاذا تصادمت سيارتان ، وأصبح صاحب كل سيارة مدينا بالتعويض لصاحب السيارة الأخرى ، ولم تتوافر شروط المقاصة القانونية فى الدينين بأن كان أحدهما غير مقدر مثلا ، جاز لمن كان الدين الذى عليه مقدرا أن يحبس هذا الدين حتى يستوفى حقه بعد أن يتم تقديره • فالدين المحبوس هنا مصدره العمل غير المشروع • وقد نصت

---

(١) أنسيكلوبيدى داللوز ٤ نفظ (Rétention) فقرة ١٧ — الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات فقرة ١٦٥ ص ٢٤٦ — الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٤ ص ١٨٤ •

(٢) الاستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤١٠ ص ٥٩٦ — الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات فقرة ١٦٥ ص ٢٤٦ — الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٠٧ ص ٢٣٨ •

وقد اختلف فى جواز حبس العين الموقوفة ، ولكن الراجح الجواز ، لان الحبس حق مؤقت لا يؤدى الى بيع العين المحبوسة ، فلا يتنافى مع طبيعة الوقف ، ولا يفوت معه الغرض من الوقف (استئناف اسيوط ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٢٤ ص ٣٩٩ — محكمة الاسكندرية الكلية الوطنية ٢٦ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٥٥ ص ٢٧٨ — محكمة قنا الكلية ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٧ المحاماة ٨ رقم ٣٥١ ص ٥٢٥) •

الفقرة الأولى من المادة ٩٢٤ مدنى على أنه « اذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب الأرض ، كان لهذا أن يطلب ازالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض ان كان له وجه ، وذلك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه باقامة المنشآت ... » . ففى هذه الصورة يلتزم صاحب الأرض بتسليم المنشآت بعد ازالتها الى صاحبها ، ومصدر التزامه الاثراء بلا سبب ، ويلتزم صاحب المنشآت أن يزيلها على نفقته وأن يدفع تعويضا عن الضرر الذى أحدثه لصاحب الأرض ، ومصدر التزامه العمل غير المشروع . فيستطيع صاحب الأرض أن يحبس المنشآت بعد ازالتها ، حتى يستوفى من صاحبها نفقة الازالة والتعويض المستحق . وتنص المادة ٩٢٨ مدنى على أنه « اذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة ، جاز للمحكمة اذا رأت محلا لذلك أن يجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء ، وذلك فى نظير تعويض عادل» . ففى هذه الصورة يلتزم صاحب الارض بأن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء ، وهذا التزام مصدره نص فى القانون ، وذلك فى نظير تعويض عادل يلتزم بدفعه صاحب البناء لصاحب الأرض . ولصاحب الأرض أن يقف تنفيذ التزامه القانونى من اتخاذ الاجراءات اللازمة لنقل ملكية الجزء من الأرض المشغول بالبناء الى صاحب البناء ، حتى يستوفى منه التعويض العادل .

على أن هناك استثناء واحدا من الأحكام التى قررناها ، وهو استثناء ورد فى آخر الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ . فان هذا النص يجعل لحائز الشىء حق حبسه حتى يسترد المصروفات الضرورية أو النافعة التى أنفقها على هذا الشىء « الا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع » . فالتزام الحائز برد الشىء الذى حازه أو أحرزه قد يكون مصدره العقد ، فيجوز حبسه ، وذلك كالتزام المستأجر برد العين المؤجرة الى صاحبها عند نهاية الإيجار فيحبس العين حتى يسترد

ما أنفق عليها • وقد يكون مصدره رد غير المستحق ، فيجوز أيضا حبسه ، وذلك كالتزام من تسلم بحسن نية عينا من غير حق فيلتزم بردها الى صاحبها وله أن يحبسها حتى يسترد ما أنفق عليها • وقد يكون مصدره العمل غير المشروع ، وهنا لا يجوز حبسه ، وذلك كما اذا اغتصب الحائز العين من صاحبها أو سرقها منه أو وجدها ضائعة فاستولى عليها ، فانه لا يجوز له أن يحبسها حتى يستوفى ما أنفق عليها مادام قد حازها بعمل غير مشروع • بل يجب عليه تسليمها فورا الى صاحبها ، ثم يرجع عليه بعد ذلك بما أنفق(١) • لكن اذا حاز الشخص عينا مسروقة أو ضائعة دون أن يكون هو الذى سرقها أو عثر عليها ، لم يكن التزامه برد العين الى صاحبها مصدره عمل غير مشروع ، ومن ثم جاز له أن يقف تنفيذ الالتزام بالرد حتى يستوفى ما أنفق من المصروفات (٢) •

---

(١) ويحرم الحائز بعمل غير مشروع الحق فى الحبس ، حتى لو مضى على حيازته غير المشروعة سنة أو أكثر • فان مضى هذه المدة انما ينقضى بها حق الحائز الاصلى فى استرداد حيازته بدعوى من دعاوى الحيازة ، ولكن لا ينقضى بها حق الحائز الاصلى فى استرداد حيازته بدعوى الملكية اذا كان مالكا ، وفى هذه الحالة لا يجوز للحائز بعمل غير مشروع حبس العين ، فان هذا يتعارض مع العدالة وحسن النية وهما الاساس الذى يقوم عليه الحق فى الحبس (انظر فى هذا المعنى الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ١٨٣ هامش رقم ٣ — وانظر عكس ذلك الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات فقرة ١٦٥ ص ٢٤٧) •

(٢) قارن تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٧٢ فقرة ثانية •

هذا ويشترط فى الحائز ، حتى يحبس الشىء ، أن تكون حيازته ليست مجرد حفظ مادى للشىء بمقتضى واجبات وظيفته ، فلايجوز للصراف فى محل تجارى أن يحبس الخزانة المعهود بحفظها اليه حتى يستوفى أجره (انظر فى هذه المسألة بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥١) • وليس من اللازم أن يحوز الحابس الشىء بنفسه ، بل يصح أن يحوزه عنه عدل يتفق عليه الحابس والمالك (الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات فقرة ١٦٥ ص ٢٤٧) • ويشترط أن يبقى الشىء فى يد الدائن (استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٥٥ ص ٩٤) ، فاذا خرج الشىء من يده بارادته لم يستطع أن يسترده (محكمة المنصورة الكلية الوطنية ١٥ يناير سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم ٢٣ ص ٥٢) • وقد يكون الدائن الحابس حائزا للشىء بمقتضى أنه مالك له أو بمقتضى أنه يحوزه حيازة قانونية ، أو (possession) بمقتضى أنه يحرزه مجرد احراز(détention) ، ويجب أن يكون الشىء =

أما الدين الآخر المقابل للدين الأول ، والذى يحبس من أجله الدين الأول حتى يستوفى هــو ، فيجب أن يكون دينــا مدنيــا حالا لم يتم تنفيذه (١) • فاذا كان دينا طبيعيا لم يجز الحبس من أجله ، والا كان فى هذا جبر على تنفيذ الالتزام الطبيعى ، ولا جبر فى تنفيذه كما قدمنا (٢).

= المحبوس مستحق التسليم لمدين الحابس سواء كان هذا المدين يملكه او كان هو صاحب الحق فى حيازته القانونية او فى مجرد احرازه للانتفاع به • فيجوز للمؤجر أن يحبس ملكه عن المستاجر ، ويجوز لحائز الشىء أن يحبسه عن مالكه ويجوز للمستاجر أن يحبس العين المؤجرة — وهى فى حرزه لا فى حيازته — عمن الت اليه ملكيتها حتى يستوفى حقه فى التعويض عند عدم نفاذ الاجارة فى حق المالك الجديد (الاستاذ ســليمان مرقس فى التامينات فقرة ٤١٠ ص ٥٩٥ — ص ٥٩٦ — الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٤ ص ١٨٢) • وقد قضت محكمة استئناف مصر ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، بأنه لا يصح اعتبار المستأجر حائزا للعقار بسبب صحيح يجعله فى حل من أن يصرف على العين ما يشاء لتحسينها وصــيانتها ، اذ ليس للمستأجر غير الانتفاع بالعين المؤجرة بالحالة التى هى عليها وقت التأجير ، ولا يجــوز أن يسمح للمستأجر بأن يخلق لنفسه بفعله الشخصى حقا عينيا على العين المؤجرة بما يقوم بصرفه فى شئون اصلاحها وصيانتها ، الا اذا كان المالك المؤجر قــد اتفق معه على ذلك ، والقول بغير هذا معناه تمكين المســتأجر من الاضرار بالمالك متى شاء ، والقانون لم يوضع للاضرار بالناس (٨ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٦٩ ص ١٦٩) •

(١) وقد قضت محكمة النقض بانه يشترط لجواز حبس الالتزام استنادا الى الدفع بعدم التنفيذ أن يكون الالتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه التزاما مستحق الوفاء أى واجب التنفيذ حالا ، فاذا كان العقد يوجب على أحــد المتعاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر فلايحق للمتعاقد المكلف بالتنفيذ أولا أن يحبس التزامه استنادا الى هــذا الدفع (نقض مدنى فى ٣ من مارس سنة ١٩٦٦ وفى ٢٩ من ديسمبر سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ رقمى ٧٠ ، ٢٩٦ ص ٥٠٤ ، ٢٠٤٥) •

كما قضت محكمة النقض بانه يشترط لاستعمال الدفع بعدم التنفيذ تطبيقا لنص المادة ١٦١ من القانون المدنى أن يكون الالتزام الذى يدفع بعــدم تنفيذه مستحق الوفاء أى واجب التنفيذ حالا فاذا كان العقد يوجب على احد العاقدين ان يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر فلايحق للمتعاقد المكلف بالتنفيذ أولا ان ينتفع بهذا الدفع • (نقض مدنى فى ٣ من يوليه سنة ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ رقم ١٧٢ ص ١١١٨) •

(٢) بودرى لو ان ١ فقرة ٢٤٤ مكررة ٢ — انسيكلوبيدى داللــوز ٤ لفظ (Rétention) فقرة ١٥ — الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٧ ص ١٨٨ •

وان كان غير حال ، فلا معنى لحبس الدين الأول الى حين استيفاء هذا الدين الثانى مادام استيفاؤه وقت الحبس ليس بواجب (١) • ولكن

(١) فيشترط اذن ان يكون حق الدائن مستحق الاداء (انظر فى هذا المعنى ما يقوم عليه من مبررات الاستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤٠٩) • فاذا كان هذا الحق مؤجلا أو معلقا على شرط واقف ، فانه لا يخول الحق فى الحبس (الاستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤٠٩ — الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٧ ص ١٨٨) • ولكن لا يشترط ان يكون مقدرا (liquide) ، فيثبت الحق فى الحبس الى ان يتم تقديره والوفاء به ، واذا كان ذلك مشترطا فى المقاصة القانونية فلان الدينين ينقضيان بقدر الاقل منهما فكان لابد من ان يكونا مقدرين ، ولا حاجة الى ذلك فى الحبس فهو امتناع مؤقت عن التنفيذ لا تظهر فيه وجه الضرورة فى أن يكون الدين مقدرا (استئناف مصر ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٠٩ ص ٤١٥ — ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٥٨ ص ١١٧٤ • استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ — ١٩ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٥٢ — ١٥ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٤٤٣ ص ١٠٣٨ — الاستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤٠٩ ص ٥٩٤ — ص ٥٩٥ — الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات فقرة ١٦٥ ص ٢٤٨ — الاستاذ اسماعيل غانم فى احكام الالتزام فقرة ١٩٣٧ ص ١٨٨ — ص ١٨٩) • ويجوز للقاضى ان يحدد أجلا يقوم الدائن فيه بتقدير حقه حتى لا يطول أمد الحبس (الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٧ ص ١٨٩) ، كما يجوز للقاضى ان يقدر قيمة الحق مؤقتا فينتهى الحبس اذا أودعت هذه القيمة المؤقته خزانة المحكمة (استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ — ١٩ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٥٢ ، وهما الحكمان اللذان سبقت الاشارة اليهما) ••
ويلاحظ الاستاذ سليمان مرقس أنه « اذا كانت المادة ٥٨٩ المتعلقة بحق المؤجر فى حبس المنقولات الموجودة فى العين المؤجرة لا تشترط ان تكون الاجرة حالة ، فما ذلك الا لان حق الحبس فى هذه الحالة متفرع عن حق امتياز المؤجر ، ولأن هذا الامتياز يثبت للمؤجر بمجرد العقد ومن قبل حلول الاجرة ، ولان استعمال المؤجر حقه فى الحبس ضرورى للمحافظة على امتيازه ، فلابد من ثبوت الحق فى الحبس فى هذه الحالة بمجرد ثبوت الامتياز ، اى من وقت العقد ، ولو كانت الاجرة غير مستحقة الاداء » (الاستاذ سليمان مرقص فى التأمينات فقرة ٤٠٩ ص ٥٩٤) •

وغنى عن البيان أنه يجب أيضا أن يكون حق الدائن الحابس محقق الوجود ، فاذا وقع نزاع جدى فى الحق الذى يدعيه ، لم يكن له الحق فى الحبس • ومن ثم لا يجوز للمستأجر أن يحبس الاجرة حتى يستوفى من المؤجر تعويضا يدعى أنه يستحقه ، اذا كانت دعوى التعويض لم يبت فيها القضاء (الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٧ ص ١٨٨ — أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Rétention فقرة ١٥٥) •

الحق فى الحبس يبقى قائما حتى لو نفذ الدين الثانى تنفيذا جزئيا (١) أو تنفيذا معيبا ، فما لم يكن التنفيذ تنفيذا كاملا سليما جاز حبس الدين الأول . ولكن يجب أن يكون العيب فى التنفيذ عيبا جديا ، وأن يكون الجزء الباقى بغير تنفيذ جزءا غير تافه ، والا لم يجز الحبس . والقضاء رقيب على كل ذلك ، فاذا ادعى الدائن الحابس أن تنفيذ الدين الذى له هو تنفيذ معيب أو تنفيذ جزئى ، ومن ثم فقد استبقى حقه فى الحبس ، كان للقضاء تقدير العيب فى التنفيذ أو تقدير ما بقى من الالتزام دون تنفيذ للبت فيما اذا كان هذا يبرر استبقاء الدائن لحقه فى الحبس (٢) .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الواقع فى الدعوى هو أن المطعون عليه تعاقد مع الطاعنة على استغلال « فيلم » فى الخارج لقاء مبلغ معين — ٧٥٠٠ — يدفعه المطعون عليه ، دفع منه وقت العقد جزءا — ١٠٠٠ جنيه — وتعهد بدفع جزء اخر — ٣٠٠٠ جنيه — فى مدى شهر من التوقيع على العقد ، بحيث اذا تأخر عن دفع هذا الجزء فى ميعاده يصبح المبلغ الذى دفع أولا حقا للطاعنة بصفة تعويض ويعتبر العقد لاغيا ، وباقى المبلغ يدفع عند تسليم الفيلم فى الخارج ، وتعهدت الطاعنة بأنه يتم ايصال الفيلم الى الخارج فى خلال أربعة شهور من تاريخ التعاقد — أى بعد وفاء المطعون عليه بالتزامه — وكان الثابت من أوراق الدعوى أن المطعون عليه لم يف بما تعهد به اذ لم يدفع سوى ٢٠٠٠ جنيه بعد الميعاد المتفق عليه ، فانه يكون للطاعنة — رغما عن قبولها الوفاء الجزئى على غير الوجه المتفق عليه — أن تحبس التزامها بالتسليم حتى يقوم المطعون عليه بالوفاء الكامل ، اذ ليس من شأن قبول الطاعنة للمبلغ الذى دفعه المطعون عليه بعد الميعاد المتفق عليه ما يسقط حقها فى الحبس . بل كل ما عسى أن يكون له من شأن أنه — اذا اكمل المطعون عليه المبلغ الى ٣٠٠٠ جنيه — يصلح دفعا لدعوى الطاعنة اذا هى رفعتها طالبة الفسخ لعدم وفاء الطاعن بما تعهد به على الوجه المتفق عليه . أما حقها هى فى حبس التزامها بالتسليم ، فلا يسقطه قبولها وفاء بعض المتعهد به بعد الميعاد المتفق عليه (نقض مدنى ١٤ يونيه سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥٥ ص ١٠٠٠) .

(٢) وقد رفضت محكمة النقض بأنه لا يكفى للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أن يكون العقد ملزما للجانبين وان يكون الالتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه واجب التنفيذ حالا ، بل يجب الى جانب ذلك الا يساء استعمال هذا الدفع . فلا يباح للعاقد أن يتمسك به ليمتنع عن تنفيذ التزامه اذا كان ما لم ينفذ من الالتزام المقابل ضئيلا لدرجة لا تبرر اتخاذ هذا الموقف الذى لا يكون متفقا مع ما يجب توافره من حسن النية وانما يكفيه فى هذه الحالة انقاص التزامه فى الحدود العادلة التى تتناسب مع ما لم ينفذ من الالتزام المقابل (نقض مدنى ١٠ من مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام السنة ١٧ رقم ١٤١ ص ١٠٤٠) . =

واذا كان الاتفاق أو العرف يقضى بأن يكون تنفيذ الالتزام الثانى تاليا لتنفيذ الالتزام الأول ، لم يجز حبس الالتزام الاول الى حين تنفيذ الالتزام الثانى (١) . فاذا كان المستأجر ملتزما بدفع الأجرة مقدما قبل أن يتسلم العين المؤجرة ، لم يجز له أن يحبس الأجرة حتى يتسلم العين . وقد جرى العرف أن صاحب الفندق يقدم خدماته للنزيل قبل أن يستوفى الأجر ، فلا يجوز له حبس هذه الخدمات حتى يستوفى أجره . ولكن لا يمنع الدائن من استعمال حقه فى الحبس أن يكون المدين قد منح أجلا قضائيا (délai de grâce) لتنفيذ دينه ، فان مثل هذا الأجل — وقد أعطى معونة للمدين — لا يصح أن يكون سببا فى إسقاط حق دائنه فى الحبس (٢) .

والدين المقابل ، كالدين الأول ، يصح أن يكون محله عينا أو دينا أو عملا أو امتناعا عن عمل ، ويصح أن يكون مصدره عقدا أو عملا غير

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بانه يشترط لقبول الدفع بعدم التنفيذ فى العقود الملزمة للجانبين الا يوجب العقد على المتعاقد الذى ابدى الدفع ان يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر ، اذ يمتنع عليه فى هذه الحالة أن ينتفع بالدفع ويتعين عليه ان يفى بما التزم به دون ان ينتظر وفاء المتعاقد الآخر لالتزامه . (نقض مدنى فى ٤ من ديسمبر سنة ١٩٥٨ — مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ٢٢٩ ص ١٥٠٤) .

(٢) وكذلك اذا كان الدائن هو الذى تبرع بالاجل ، فالمفروض انه لم يرد بمنحه المدين أجلا أن ينزل عن حقه فى الحبس (قارب المادة ٣٦٢ مدنى فى شأن المقاصة) فاذا ادعى المدين أن الدائن أراد بمنحه الاجل أن ينزل عن حقه فى الحبس ، فعلى المدين يقع عبء اثبات ذلك ، ما لم يفترض المشرع هذه النية عند الدائن (انظر مثلا المادة ٤٥٩ فقرة أولى مدنى) ، فينتقل عندئذ عبء الاثبات الى الدائن وعليه أن يثبت أنه لم يقصد بمنحه المدين أجلا أن ينزل عن حقه فى الحبس (الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٢٧ ص ١٨٨ وهامش رقم ٤) .

ويجب أن يكون حق الدائن تاليا أو معاصرا لحيازته للشىء المحبوس ، ولا يصح أن يكون سابقا على الحيازة ، لان الحق فى الحبس ضمان لا يتعلق بنية الطرفين ، بل يتوقف على سبق قيام الحيازة كواقعة مادية (انسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Rétention فقرة ١٨) .

مشروع أو اثراء بلا سبب أو نصا فى القانون • وقد مرت بنا أمثلة على بعض ذلك (١) •

٦٤٣ — الشرط الثانى — قيام الارتباط ما بين الدينين : ولا يكفى أن يكون هناك دينان متقابلان على النحو الذى بسطناه ، بل يجب أيضا أن يقوم ارتباط ما بين هذين الدينين (٢) •

والارتباط نوعان : ارتباط قانونى (connexité juridique) وارتباط مادى أو موضوعى (connexité matérielle, objective) (٣) •

فالارتباط القانونى هو الذى ينشأ عن علاقة قانونية تبادلية ما بين

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بانه اذا كان الحكم قد استخلص من أوراق الدعوى ان مورث الطاعنين قد اخل بالتزامه عمدا وقصر فى الوفاء به وجحد تعهده واعرب فى جلاء ووضوح عن نيته فى عدم الوفاء عينا فانه لا يقبل منه الدفع بعدم تنفيذ الالتزام المقابل لالتزامه هو والذى أصر على عدم الوفاء به • (نقض مدنى فى ٤ من ديسمبر سنة ١٩٥٨ — مجموعة احكام النقض السنة ٩ رقم ٩١ ص ٧٠٣) •

(٢) بلانيول وريبير واسمان ٦ فقرة ٤٤٤ — وفقرة ٤٤٩ بودرى ودى لوان ١ فقرة ٢٣٤ — ويذهب بودرى ودى لوان مع اوبرى ورو الى انه لايكفى قيام الارتباط ما بين الدينين ، بل يجب ايضا أن يكون بينهما أصل مشترك (أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٥٨ — بودرى ودى لوان ١ فقرة ٢٣٤) • ولكن الرأى الراجح هو الاكتفاء بقيام الارتباط ما بين الدينين (توليبه ٣ فقرة ١٣٠ — ترولونج ١ فقرة ٢٥٨ وما بعدها — ديرانتون ٤ فقرة ٣٨٢ — جيللوار فى حق الحبس فقرة ٥١ وما بعدها — بيدان وفواران ١ فقرة ٢٤٣ — فقرة ٢٥٠) •

(٣) انظر فى الارتباط القانونى او المعنوى والارتباط الموضوعى أو المادى: كاسان تعليقه فى سيريه ١٩٢١ — ٢ — ٢٥ — بلانيول وريبير واسمان ٦ فقرة ٤٤٤ — بيدان وفواران ١ فقرة ٢٧٣ ومابعدها — انسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Rétention فقرة ٣٨ — فقرة ٤٢ (دريدا) — الاستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤١١ — الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٠٥ — فقرة ١٠٧ •

الدينين ، سواء كانت هذه العلاقة تعاقدية (١) أو غير تعاقدية (٢)، ذلك أن الارتباط يوجد أول ما يوجد ، ما بين التزامين متبادلين فى عقد ملزم للجانبين (٣) • فكل التزام من هذين سبب للالتزام الآخر (٤) • كما تقول النظرية التقليدية فى السبب • وعدم تنفيذ أى التزام منهما قد يؤدى الى فسخ العقد ، وهو على كل حال يبيح للمتعاقد الآخر أن يمتنع

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه اذ يبين مما أورده الحكم ان ما استخلصه من عبارات الاتفاق المبرم بين الطرفين أنه اشتمل على عقدين احدهما عقد بيع والآخر عقد ايجار وان كلا منهما استوفى اركانه القانونية ومستقل عن الآخر ورتب على ذلك انه وقد ثبت أن المشترية قامت بتنفيذ التزامها فى عقد البيع فانه يتعين على الطاعن البائع ان يوفى بالتزامه فى هذا العقد وليس له أن يتذرع بالدفع بعدم التنفيذ استنادا منه الى ان المطعون عليها المشترية امتنعت عن تنفيذ التزامها فى عقد الايجار بدفع الاجرة ، ذلك أن هذا الالتزام الاخير الذى يدعيه الطاعن انما هو التزام يفرضه عقد الايجار ومستقل عن الالتزامات المتقابلة المترتبة على عقد البيع ، وانه لا مجال للتعرض لهذا الالتزام أو لبحث الاخلال به فى هذه الدعوى اذ مجاله التداعى استقلالا : نقض مدنى فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ رقم ٩٦ ص ٥٠٥ •

(٢) ولما كان الارتباط القانونى يتميز بهذه العلاقة التبادلية ، فقد كان الافضل أن يطلق عليه « الارتباط التبادلى » •

(٣) وقد قضت محكمة النقض بانه لايجوز لغير البائع ان يدفع دعوى صحة التعاقد بتخلف المشترى عن الوفاء بالتزامه بدفع الثمن لان هذا الدفع هو بذاته الدفع بعدم التنفيذ ولا يقبل الا من المتعاقد الآخر فاذا كان البائع لم يطعن فيما قضى به الحكم المطعون فيه من اعتبار العرض والايداع الحاصلين من المشترى صحيحين ومبرءا لذمة هذا المشترى من الثمن ، فانه لا يقبل من المشترى الثانى الطعن على الحكم المطعون فيه فى هذا الخصوص مادام البائع قد ارتضاه ولم يطعن فيه (نقض مدنى فى ٢٨ من ديسمبر سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ٢٩٢ ص ١٩٣٢)•

(٤) وعن الارتباط القانونى عبرت المادة ٢٤٦/١ مدنى بقولها أنه يجب أن يكون التزام الطرف الآخر « مترتب عليه بسبب التزام (الحابس) ومرتبط به» وهذا التعبير يتجاوز الغرض الذى قصده المشرع • فليس يشرط أن يكون سبب التزام الدين هو التزام الحابس بأداء الشىء . فان ذلك لا يتحقق الا اذ كان الالتزامان قد نشأ من عقد ملزم للجانبين ، فى حين ان تطلق الحق فى الحبس لا يقتصر على دائرة العقود الملزمة للجانبين ، بل هو لا يقتصر على دائرة العقود اطلاقا • فيكفى اذن ان يوجد ارتباط بين الالتزامين ، ولا يشترط أن توجد علاقة سببية : الاستاذ اسماعيل غانم ، المرجع السابق فقرة ١٠٥ •

عن تنفيذ التزامه ، وهذا هو الحق فى الحبس فى صورة الدفع بعدم تنفيذ العقد (١) ويبقى الارتباط قائما على أساس علاقة تبادلية ، حتى لو فسخ العقد أو أبطل ، وأصبح واجبا على كل من المتعاقدين أن يرد للآخر ما أخذه منه ، فكل من هذين الالتزامين مرتبط بالالتزام الآخر ارتباطا تبادليا وان لم تكن العلاقة بعد انحلال العقد علاقة تعاقدية ، وينبنى على ذلك أن كلا من الطرفين له أن يمتنع عن رد ما أخذه من الآخر ، حتى يسترد منه ما أعطاه (٢) • وقد تقوم العلاقة التبادلية على غير عقد أصلا ، فيقوم الارتباط على أساس هذا التبادل غير التعاقدى • ففى الفضالة — وهى ليست بعقد — التزامات الفضولى والتزامات رب

---

(١) ومن ثم صار الدفع بعدم تنفيذ العقد صورة من صور الحبس. وقد خصص التقنين المدنى الجديد (م ١٦١) دائرة الدفع بعدم تنفيذ العقد فى العقود الملزمة للجانبين ، ووسع من نطاق الحق فى الحبس فجعل الدفع بعدم تنفيذ العقد صورة من صوره كما قدمنا . وهناك اتجاه فى الفقه الفرنسى يرمى ، على العكس من ذلك ، الى التوسع فى الدفع بعدم التنفيذ وجعله شاملا لجميع صور الارتباط القانونى فلا يقتصر على العقود الملزمة للجانبين ، والتضييق من حق الحبس ليكون مقصورا على صور الارتباط الموضوعى أو المادى (بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٤٤) • والتصوير الذى اختاره التقنين المدنى المصرى الجديد قريب من تصوير التقنين المدنى الالمانى ، فالمادة ٣٢٠ من التقنين الالمانى تقصر الدفع بعدم التنفيذ على العقود الملزمة للجانبين والمادة ٢٧٣ لا تقصر حق الحبس على صور الارتباط الموضوعى (الاستاذ اسماعيل غانم فى احكام الالتزام فقرة ١٤٢) •

(٢) وقد كانت المادة ٢٤٤ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد تنص صراحة على الحق فى الحبس فى هذه الحالة ، اذ كانت تجيز لكل من الطرفين « أن يحبس ما أخذه مادام المتعاقد الآخر لم يرد اليه ما تسلمه منه أو يقدم ضمانا لهذا الرد طبقا للقواعد العامة المقررة فى حق الحبس » • وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة اليه ، اذ هو مجرد تطبيق للحق فى الحبس (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣١) •

وقد قضت محكمة النقض بأن الصحيح فى القانون — وعلى ما جرى به قضاؤها — هو ان التزام المشترى برد العقار المبيع بعد فسخ البيع انما يقابل التزام البائع برد ما قبضه من الثمن ، وان التزام المشترى برد ثمرات العين المبيعة يقابل التزام البائع برد فوائد ما قبضه من الثمن ، بما مؤداه ان من حق المشترى أن يحبس ما يستحقه البائع فى ذمته من ثمار حتى يستوفى منه فوائد ما دفعه من الثمن : نقض مدنى فى ١٨ ابريل سنة ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ رقم ١١٣ ص ٧٢١ •

العمل هي التزامات متبادلة ، ومن ثم قام الارتباط فيما بينها ، ويجوز لكل من الطرفين أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يستوفى التزامات الطرف الآخر (١) • وقد تنشأ العلاقة التبادلية من عقد ملزم لجانب واحد ، فتكون علاقة تبادلية تعاقدية • ففى عقد الوديعة يلتزم حافظ الوديعة بردها الى المودع ، وقد يترتب فى ذمة المودع التزام برد ما انفق حافظ الوديعة عليها من المصروفات أو بتعويض ما أصاب حافظ الوديعة من الضرر بسبب الوديعة (٢) • ففى هذه الحالة تكون هناك علاقة تبادلية تعاقدية نشأ عنها التزامان متقابلان : التزام برد الوديعة فى ذمة حافظ الوديعة ، والتزام برد المصروفات أو بالتعوض عن الضرر فى ذمة المودع • ومن ثم يستطيع حافظ الوديعة أن يحبس التزامه برد الوديعة ، حتى يسترد المصروفات أو يتقاضى التعويض من المودع • ويلاحظ هنا أمران: (أولهما) أن عقد الوديعة ليس مصدرا الا لاحد الالتزامين المتقابليين وهو الالتزام بالرد فى ذمة حافظ الوديعة ، أما الالتام الآخر — وهو الالتزام برد المصروفات أو الالتزام بالتعويض فمصدره الاثراء بلا سبب فى حالة المصروفات والعمل غير المشروع فى حالة التعويض • وهذا بخلاف العقد الملزم للجانبين ، فانه مصدر كل من الالتزامين المتقابلين اللذين ينشآن عن هذا العقد • ومع ذلك فهناك تقابل واضح، فى حالة الوديعة ، ما بين الالتزامين المشار اليهما ، مما حمل الفقهاء

---

(١) ومن العلاقات التبادلية التى لا تقوم على عقد اصلا علاقة الولى أو الوصى أو القيم بالمحجور بعد انتهاء الحجر ، فيكون على الولى أو الوصى أو القيم أن يرد للمحجور ما تحت يده من ماله على أن يسترد ما انفق من مصروفات ، ومن ثم يجوز له حبس المال حتى يسترد المصروفات (بلانيول وريبير واسمان ٦ فقرة ٤٤٩ — الاستاذ اسماعيل غانم فى احكام الالتزام فقرة ١٣٩ ص ١٩٣) •

(٢) وفى بعض الاحوال قد يتحقق الارتباط المادى والمعنوى معا • فالوكيل أو المودع عنده ، اذا حبس الاشياء التى عهدت اليه بحكم الوكالة أو الوديعة الى أن يستوفى ما هو مستحق له من مصروفات أنفقها على تلك الاشياء ، له أن يستند — كاساس لحقه فى الحبس — الى الارتباط المعنوى ، وله أيضا أن يستند الى الارتباط المادى ويختار أى نوعين من الارتباط وفقا لمصلحته : الاستاذ اسماعيل غانم ، السابق ص ٢٤١ •

على القول بأن هناك علاقة تبادلية نشأ عنها الالتـــزامان المتقابلان ، فالارتباط فيما بينهما ارتباط قانونى (١) . (والأمر الثانى) أنه اذا كان الارتباط هنا ارتباطا قانونيا ، فهو أيضا ارتباط موضوعى اذ نشأ التزام المودع برد المصروفات أو بالتعويض بمناسبة الشىء المحبوس وهـو الوديعة ، كما سنرى فى الارتباط الموضوعى ، وننتقل الآن اليه (٢) .

فالارتباط الموضوعى أو المادى ينشأ لا عن علاقة تبادلية ما بيـن الدينين ، بل عن واقعة مادية هى أن الشىء المحبوس — والالتزام برده هو أحد الدينين — قد نشأ بمناسبته ومرتبطا به (à l'occasion et en connexité) (٣) الدين الآخر . فالحائز ، اذا لم تكن بينه وبين

---

(١) ويبدو أن العلاقة التبادلية ما بين الالتزامين فى العقد الملزم لجانب واحد محل للنظر ، فلكل التزام مصدر مستقل ، وكان من الممكن أن يوجد أى التزام منهما دون أن يوجد الالتزام الاخر . والظاهر فى الارتباط هنا أن يكون ارتباطا موضوعيا أو ماديا ، لا ارتباطا قانونيا أو تبادليا .

(٢) والارتباط الموضوعى هنا أكثر وضوحا وبروزا من الارتباط القانونى كما سبق القول . انظر فى الاحوال التى يتحقق فيها الارتباط القانونى والارتباط المادى معا : الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤٠ ص ١٩٤ ، وقد أورد ضمن هذه الاحوال حالتى الوكالة والمقاولة . ولكن يلاحظ أن كلا من هذين العقدين ملزم للجانبين ، وأن التزامات كل من الموكل والوكيل مصدرها عقد الوكالة ، كما أن التزامات كل من المقاول ورب العمل مصدرها عقد المقاولة ، فالعلاقة التبادلية بارزة فى هاتين الحالتين ، ومن ثم يكون الارتباط القانونى أو التبادلى أكثر وضوحا فيهما من الارتباط المادى أو الموضوعى

(٣) هذه العبارة الفرنسية أدق فى أداء المعنى من العبارة التى وردت فى النص العربى للمادة ٢٤٦ فقرة أولى من التقنين المدنى الجديد وقد جاءت على الوجه الاتى : « ... مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به » . فالعبارة العربية توهم أن أحد الالتزامين هو سبب الالتزام الاخر ، والصحيح أن أحد الالتزامين قد نشأ بمناسبة الالتزام الاخر . وقد كانت العبارة الفرنسية المتقدمة الذكر هى المستعملة فى المشروع التمهيدى فى نصه الفرنسى ، وبقى النص العربى للمشروع التمهيدى بعبارته غير الدقيقة ، التى انتقلت منه الى النص النهائى للتقنين الجديد . ثم ترجم هذا النص النهائى غير الدقيق الى اللغة الفرنسية ، فاستبدلت بعبارة (à l'occasion) عبارة (ayant un rapport de causalité) وبذلك انتقل التحريف من النص العربى الى النص الفرنسى ، وبعد أن كان النص العربى وحده هو المعيب ، شمل العيب كلا من النص العربى والنص الفرنسى (انظر فى هذا المعنى الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٨ ص ١٩٠ هامش رقم ٣) .

المالك أية علاقة غير الحيازة ، ملزم برد الشيء الذى فى حيازته الى المالك . وقد يصبح دائنا للمالك — بمناسبة هذا الشيء وهذه واقعة مادية — بالمصروفات التى أنفقها على الشيء أو بالتعويض عن الضرر الذى أصابه من الشيء . ومن هنا وجد الارتباط المادى أو الموضوعى ما بين الدينين ، فحق الحائز نجم عن الشيء ذاته الذى يجب عليه رده (debitum cum re junclum) ، ومن ثم جاز له أن يحبس هذا الشيء حتى يسترد المصروفات أو يتقاضى التعويض (١) .

---

(١) وللتمييز بين الارتباط القانونى والارتباط المادى اهمية من وجهين: ١ — فى الارتباط المادى — فى صورة استرداد المصروفات — يحتج بالحق فى الحبس حتى على الغير الذى ثبت حقه قبل انفاق المصروفات ، لأن المصروفات قد افادت الشيء فى ذاته فافادت تبعا لذلك كل من يطالب باسترداده . اما فى الارتباط القانونى وفى الصور الأخرى للارتباط المادى فلا يحتج بالحق فى الحبس على الغير الذى ثبت قبل ثبوت هذا الحق . ٢ — فى الارتباط المادى يقتصر الحبس على الشيء ذاته الذى انفقت عليه المصروفات أو نشأ منه الضرر . اما فى الارتباط القانونى فيشمل الحبس جميع الالتزامات التى على الدائن مادامت مرتبطة بالتزامات المدين ، وقد اوردت المادة ٩٠٢ من المشروع التمهيدى — وهذا النص قد حذف فى لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة فى الحبس — تطبيقا لهذا الحكم فى عقد المقاولة ، اذ نصت على انه « اذا كان العمل متعلقا بمنقول ولم يحدد اجل لدفع الأجر ، جاز للمقاول أن يحبس هذا المنقول وغيره من الأشياء التى يكون رب العمل قد سلمها اليه لاجراء العمل ، وذلك الى أن يستوفى اجره » . واذا اجتمع النوعان من الارتباط كما فى الوديعة ، جاز للدائن أن يستند الى كل منهما فيما يتفق مع مصلحته ، فيجوز لحافظ الوديعة أن يستند الى الارتباط المادى ليحتج بحقه على الغير الذى ثبت حقه على الوديعة قبل انفاق المصروفات ، وأن يستند الى الارتباط القانونى ليحبس كل ما فى يده للمودع ولو لم يرتبط ارتباطا ماديا بحقه .

انظر فى ذلك : كاسان فى تعليقه فى سيريه ١٩٢٢ — ٢ — ٢٥ — الأستاذ اسماعيل غانم فى احكام الالتزام فقرة ١٠٧ .

ويتحقق الارتباط المادى او الموضوعى فى احدى صورتين : فاما أن يكون الحائز أو المحوز قد انفق على الشيء مصروفات يحق له استردادها ، واما أن يكون قد اصابه من الشيء ضرر يستحق عنه تعويض . وقد عنى المشرع بالنص على الصورة الاولى من صور الحق فى الحبس ، فبعد أن ضمن الفقرة الاولى من المادة ٢٤٦ القاعدة العامة فى حق الحبس ، نص فى الفقرة الثانية « ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محوزه اذا هو انفق عليه مصروفات ضرورية أونافعة،فان له أن يمتنع عن رد هذا الشيء =

أما اذا لم يقم ما بين الدينين ارتباط قانونى أو ارتباط مـادى ، فقد اختل الشرط الثانى للحق فى الحبس ، ولم يجـز للدائن اسـتعمال هذا الحق (١) . ومجرد وجود التزامين متقابلين بين شـخصين ، كـل منهما دائن للآخر ومدين له ، لا يكفـى لوجـود ارتباط ما بين هـذين الالتزامين كما قدمنا ، وان كان هنا ميل عند بعض الفقهاء للقـول بأن هذا كاف (٢) ، وأن التقابل ما بين الدينين لا الرابطة بينهما هـو

= حتى يستوفى ما هو مستحق له » ، ومع أن الشرع لم ينص على الحالة الثانية للارتباط الموضوعى ، وهى حالة ما اذا كان الشىء قد سبب ضررا نشأ عنه حق المضرور فى التعويض . الا انه لا شـك أن للمضرور اذا كان الشىء فى يده ، أن يحبسه الى أن يستوفى ما هو مستحق له . اذ أن الارتباط متحقق فى هذه الحالة . فاذا فر حيوان من حارسه الى ملك الجار فسبب فيه ضررا كان للجار الحق فى حبسه : الاستاذ اسماعيل غانم ، المرجع السابق فقرة ١٠٧ .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد نص المادة ٢٤٦ من القانون المدنى ان المشرع لا يكتفى فى تقرير حق الحبس بوجود دينين متقابلين ، وانما يشترط ايضا قيام ارتباط بينهما . وفى الوديعة لا يكون للمودع لديه ان يحبس الشىء المودع الا مقابل استيفائه المصروفات الضرورية او النافعة التى يكون قد انفقها على ذات الشىء اما المصروفات التى لا تنفق على ذات الشىء المودع فان التزام المودع بها لا يكون مرتبطا بالتزام المودع لديه برد الوديعة وبالتالى لا يسـوغ للمودع لديه ان يمتنع عن رد الوديعه عند طلبها بحجة اقتضاء مثل هـذه المصروفات . (نقض مدنى فى ٢٧ من يونية سنة ١٩٦٣ — مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ رقم ١٣٣ ص ٩٥٦) .

(٢) ويقول بذلك الأساتذة كولان وكابيتان ودى لاموراندير . ويستندون الى نص المادة ١٢٩٣ من التقنين المدنى الفرنسى ، وهى تقضى بأنه لا يحتـج بالمقاصة فى استرداد المالك لملكه اذا كان هذا الملك قد اغتصب منه دون حق ، ولا فى استرداد الوديعة أو العارية . ويقولون أن هذا النص انما يستقيم اذا فهمت المقاصة على أنها الحق فى الحبس ، فلا يصح الحبس من المغتصب لملك الغير ولا ممن أؤتمن على وديعة أو عارية ، بل يجب على كل من المغتصب وحافظ الوديعة والمستعير أن يرد للمالك ملكه فورا ثم يطالبه بعد ذلك بما له من الحقوق عنده .

ويستخلصون من ذلك أنه فيما عدا هذه الحالات — الغصب والودية والعارية — يجوز الحبس دون أن يكون هناك ارتباط فيـما بين الدينين ، ويكفى أن يكون هناك دينان متقابلان ، الطرفان فيهما كل منهما دائن للآخر ومدين له ، حتى يقوم الحق فى الحبس (كولان وكابيتان ودى لامور اندير ٢ فقرة ١٤٨٢ ص ١٣٦ هامش رقـم ٢ — قارن أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفـظ (Rétention) فقرة ٣٦) .

الذى تقف عنده لاعطاء الدائن الحق فى الحبس ، وقد سبقت الاشارة الــى ذلك (١) •

على أنه اذا لم يقم بين الدينين ارتباط قانونى أو ارتباط مادى على النحــو الــذى بســطاه ، فقد يخلق الاتفــاق بين الطرفين هــذا الارتباط ، فيتفقان على أن الالتزامات المتقابلة فيما بينهما يجمعها كلها حساب جار غير قابل للتجزئة ، فترتبط التزامات كــل منهما بالتزامات الآخر ، ويجوز عندئذ لأى منهما أن يحبس ما فى ذمته من التزامات للآخر حتى يستوفى ما له من حقوق عنده • ولكن لما كان مثل هذا الاتفــاق أثره مقصور على الطرفين ، فانه لا يسرى فى حق الغير • وكما يخلق الاتفاق الارتباط ما بين الدينين ، فقد يخلق هذا الارتباط أيضا نص فى القانون • وقد قضت المادة ٣٦٩ من التقنين التجارى الألمانى والمــادة ٨٩٥ فقرة ثانية من التقنين المدنى السويسرى بقيام ارتبــــاط ما بين الالتزامات التجارية المتقابلة فيما بين التاجرين •

٦٤٤ ــ كيف يستعمل الدائن الحق فى الحبس عند توافر شرطيه :
واستعمال الدائن الحق فى الحبس ، عند توافر الشرطين اللذين تقدم ذكرهما ، لا يقتضى اعذارا ولا الحصول على ترخيص من القضاء (٢)•

---

(١) ولايزال القانون المصرى محافظا على التصوير التقليدى لحق الحبس بوصفه حبسا لشىء مادى . فالمادة ١/٢٤٦ تفترض التزاما بأداء شىء يمتنع المدين به عن تنفيذه بأن يحبس الشىء فى يده ، الى أن يقضى له بحقه . وفى هذا قد تخلف القانون المصرى عن القانون الالمانى . فالمادة ٢٧٣ من التقنين المدنى الالمانى تعرف حق الحبس تعريفا واسعا قصد به أن يشمل الحبس كافة أنواع الالتزامات أيا كان مضمونها . وهذا هو ما يقتضيه التضييق من دائرة الدفع بعدم التنفيذ . بحيث يقتصر الدفع بعدم التنفيذ على العقــود الملزمة للجانبين كما هو الحال فى القانونين الالمانى والمصرى ، يتعين التوسع فى نطاق الحق فى الحبس حتى يشمل الحالات التى لا يتسع لها ذلك النطاق الضيق لعدم التنفيذ . الاستاذ اسماعيل غانم المرجع السابق ص ٢٤٤ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بان استعمال الحق فى الحبس لا يقتضى اعذارا ولا الحصول على ترخيص من القضاء (نقض مدنى فى ١٩ من يناير سنة ١٩٦٧ ــ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ٢٤ ص ١٤٣) •

بل أن الدائن يقف تنفيذ التزامه نحو مدينه فعلا ، وليس من الضرورى أن يعرض على المدين تنفيذ هذا الالتزام عرضا حقيقيا ، وانما يقتصر على وقف التنفيذ . فاذا قاضاه مدينه ، وضع الأمر كله تحت نظر القضاء ، ويغلب أن يحكم على الدائن بتنفيذ التزامه نحو المدين بشرط أن ينفذ المدين التزامه نحوه . واذا تعذرت معرفة من هو البادىء فى عدم التنفيذ جاز للقاضى أن يحكم على كل منهما بايداع ما التزم به خزانة المحكمة أو عند أمين (١) .

على أنه لا يجوز للدائن أن يتعسف فى استعمال حقه فى الحبس . فلا يصح أن يستعمله بدعوى أن حقه فى ذمة مدينه لم ينفذ تنفيذا كاملا أو نفذ تنفيذا معيبا (٢) . ثم يتبين أن الجزء الذى لم ينفذ تافه الى حد لا يعتد به أو أن العيب فى التنفيذ أمر غير ذى خطر (٣) . ولا يصح كذلك للدائن أن يستعمل الحق فى الحبس ، اذا كان هو المتسبب بغشه أو باهماله فى عدم تنفيذ المدين لالتزامه نحوه . كما

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ٦ فقرة ٤٥٥ — فقرة ٤٥٦ .

ويلاحظ انه وان كان للمتعاقد فى العقود الملزمة للجانبين الحق فى الامتناع عن تنفيذ التزامه اذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به اعمالا لنص المادة ١٦١ من القانون المدنى ، الا ان هذا الحق لا يحرمه — ان كان دائنا للمتعاقد الآخر — من استصدار امر من القاضى المختص بتوقيع الحجز التحفظى تحت يد نفسه على ما يكون مدينا به لمدينه اعمالا لنص المادتين ٣١٦ و ٣٤٩ من قانون المرافعات : نقض مدنى فى ٢٥ يونيه سنة ١٩٧٩ مجموعة احكام النقض السنة ٣٠ ح ٢ رقم ٣٢٧ ص ٧٤٦ .

(٢) نقض مدنى فى ١٠ من مايو سنة ١٩٦٦ — مجموعة احكام النقض السنة ١٧ رقم ١٤١ ص ١٠٤٠ .

(٣) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى الخاصة بالمادة ١٦١ مدنى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٣٢٣ . وانظر آنفا فقرة ٦٤٢ .

بيد أن جانبا من الفقه يرى انه لا يشترط أن يوجد تناسب بين قيمة الشىء المحبوس وبين مقدار حق الدائن الحابس فيجوز الحبس ولو كانت قيمة الشىء تزيد عما هو مستحق للدائن زيادة كبيرة مادام قد تحقق الارتباط بين حق الدائن والتزامه بأداء الشىء : راجع اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ٢٣٥ .

لا يصح للدائن أن يستعمل الحق فى الحبس اذا كان هو البادىء فى عدم تنفيذ التزامه ، فحبس المدين من أجل ذلك ما فى ذمته من التزام . كذلك لايصح للدائن أن يحبس لمدينه دينا خاليا من النزاع مستحق الأداء حتى يستوفى منه دينا لا يزال محل نزاع بينهما ، فلا يجوز للمستأجر أن يحبس الأجرة حتى يقوم المؤجر بترميمات ينازع فى أنها واجبة عليه ، ولا يجوز لشركة النور أن تقطع التيار عن المشترك حتى يقوم بدفع زيادة فى الاشتراك هى محل تقاض بينهما ولم ينته القضاء من الفصل فيها (١) .

المبحث الثانى

تطبيقات على الحق فى الحبس

٦٤٥ — تطبيقات منصوص عليها فى القانون وتطبيقات غير منصوص عليها — ندرة التطبيقات الأولى : بعد أن وضع التقنين المدني الجديد قاعدة عامة للحق فى الحبس على النحو الذى بسطناه ، اجتزأ بهذه القاعدة عن التبسط فى ايراد تطبيقات لهذا الدفع ، خلافا للتقنين المدنى السابق الذى اعتبر كما رأينا الحبس حقا عينيا فأورد جميع حالاته على سبيل الحصر .

= ولكن قضاء محكمة النقض جرى على غير ذلك اذ قضت تلك المحكمة بانه لا يكفى للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ان يكون العقد ملزما للجانبين وان يكون الالتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه واجب التنفيذ حالا ، بل يجب الى جانب ذلك الا يساء استعمال هذا الدفع ، فلا يباح للمعاقد ان يتمسك به ليمتنع عن تنفيذ التزامه اذا كان ما لم ينفذ من الالتزام المقابل ضئيلا لدرجة لا تبرر اتخاذ هذا الموقف الذى لا يكون متفقا مع ما يجب توافره من حسن النية وانما يكفيه فى هذه الحالة انتقاص التزامه فى الحدود المعادلة التى تتناسب مع ما لم ينفذ من الالتزام المقابل (نقض مدنى فى ١٠ من مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ رقم ١٤١ ص ١٠٤٠) .

(١) بلانيول وريبير واسمان ٦ فقرة ٤٥٤ ص ٦٠٩ وهامش رقم ٤ — نقض فرنسى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٤ جازيت دى باليه ١٩٢٥ — ١ — ١٥٨ . وانظر آنفا ٦٤٢ فى الهامش .

ومع ذلك فقــد أورد التقنين المدنى الجديد بعض تطتيقات فى نصوص متفرقة ، نستعرضها هنا ، ثم ننتقل بعد ذلك الى تطبيقات غير منصوص عليها بعد أن أصبح الحق فى الحبس قاعدة عامة لا تحتــاج تطبيقاته الى نصوص خاصة •

وفى كل طائفة من هــذه التطبيقات ــ المنصــوص عليها وغــير المنصــوص ــ نميز بين تطبيقات تقــوم على الارتباط القــانونى أو التبادلى ، وأخرى تقوم على الارتباط المادى أو الموضوعى (١) •

المطلب الأول

تطبيقات منصوص عليها فى القانون

١ ــ تطبيقات تقوم على الارتباط القانونى أو التبادلى

٦٤٦ ــ مبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقــد : أهم النصــوص التى تورد تطبيقا للحق فى الحبس هو انص الذى يقرر مبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد (exceptio non adimpleti contractus) ، فليس هذا المبدأ الا تطبيقا من تطبيقات الحق فى الحبس كما سبق القول • وقد نصت المادة ١٦١ من التقنين المدنى على أنه « فى العقود الملزمة للجانبين اذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه اذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به » •

وقد سبق أن بسطنا فى شرح هذا المبدأ فى الجزء الأول من هذا

---

(١) انظر الدكتور صلاح الدين الناهى فى الامتناع المشروع عــن الوفاء فقرة ٢٤١ ــ فقرة ٣٢٣ (فى التطبيقات التى تقوم على الارتباط القــانونى أو التبادل) وفقرة ٣٢٤ ــ فقرة ٣٣٩ (فى التطبيقات التى تقوم على الارتباط المادى أو الموضوعى) •

الوسيط ، فنكتفي بالاحالة الى ذلك (١) ، وننتقل الآن الي النصوص التي وردت في التقنين المدني كتطبيقات خاصة لهذا المبدأ .

٦٤٧ — حق البائع في حبس المبيع : نصت المادة ٤٥٩ من التقنين المدني على أنه « ١ — اذا كان الثمن كله أو بعضه يستحق الدفع في الحال ، فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق له ولو قدم المشترين رهنا أو كفالة ، هذا ما لم يمنح البائع المشترى أجلا بعد البيع . ١ — وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الأجل المشترط لدفع الثمن اذا سقط حق المشترى في الأجل طبقا لأحكام المادة ٢٧٣ » . ونصت المادة ٤٦٠ على أنه « اذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له ، كان الهلاك على المشترى ، ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع » . وفي هذه النصوص تطبيق هام للحق في الحبس متمثلا في الدفع بعدم تنفيذ العقد (٢) . فهناك

---

(١) الوسيط الجزء الاول فقرة ٤٩٢ — فقرة ٥٠٣ — وانظر : استئناف مختلط ١٧ ابريل سنه ١٨٩٠ م ٢ ص ١٥٨ — ١٦ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٤٣ — ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٧٠ — ٣ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٠٤ — ٥ يونية سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٥٨ .

وراجع أيضا مازو دروس في القانون المدني ، المرجع السابق فقرة ١١٢٤ وما بعدها .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه ما دامت محكمة الموضوع قد سجلت على المشترى بحق أنه عجز عن اثبات وفائه بالثمن بما يثبت به قانونا فانه لا يجوز له أن يطلب اجبار البائع على تنفيذ التزاماته التي من شأنها نقل الملكية عن طريق الدعوى المعروفة بصحة التعاقد أو صحة ونفاذ العقد لأن من حق البائع أن يحبس التزامه هذا حتى يقوم المشترى بتنفيذ ما حل من التزاماته (نقض مدنى في ٣٠ من مارس سنة ١٩٦٧ — مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ١١٤ ص ٧٤٣) .

كما قضت محكمة النقض بأنه اذا لم يقم المشترى بدفع الثمن ، جاز للبائع أن يمتنع عن القيام بالاجراءات اللازمة لتسجيل عقد بيع العقار المبيع. (نقض مدنى في ٢٥ من يولية سنة ١٩٦٧ — مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ٢٢١ ص ١٤٧٧) .

واذا هلك المبيع تحت يد البائع وهو حابس له حتى يستوفى ما له من ثمن ، كان الهلاك على المشترى — علما بأنه لم يتسلم المبيع — طالما أن البائع قد اعذره اذ أن عدم التسليم يرجع هنا الى خطأ المشترى : محمد على عمران ، عقد البيع المرجع السابق ص ٢٣٠ .

دينان متقابلان تقابلا تبادليا ، دين البائع فى تسليم المبيع للمشترى ودين المشترى فى دفع الثمن للبائع • ودين المشترى دين حال — أو كان مؤجلا ثم سقط الأجل فأصبح حالا — فيكون للبائع حبس المبيع حتى يستوفى الثمن • وهذا بخلاف ما اذا كان الثمن حالا ثم منح البائع المشترى أجلا بعد البيع ، فيفرض القانون أن البائع بمنحه المشترى هذا الأجل قد نزل عن حقه فى الحبس ، فيسقط حقه فى حبس المبيع ، الا اذا اشترط غير ذلك ، وعليه هو يقع عبء اثبات ما اشترط (١) •

وفى هذا التطبيق الخاص خرج المشرع على الأصل الذى سنراه يقرره فى الحق فى الحبس بوجه عام ، فلم يجز للمشترى أن يسقط حق البائع فى حبس المبيع اذا هو قدم رهنا أو كفالة ، وذلك لاعتبارات خاصة بالبيع ، فان المبيع نفسه مثقل بامتياز للبائع ، فليس البائع فى حاجة الى مزيد من الضمان ، وانما هو فى حاجة الى استيفاء حقه •

ونرى أيضا فى هذا التطبيق الخاص أن المشرع قد أورد حكما من أحكام الحق فى الحبس هو الحكم المتعلق بهلاك الشىء المحبوس فى يد الحابس ، فان كان الهلاك بفعله كان مسئولا عن التعويض ، وان كان بسبب أجنبى فهو على المالك ، والمالك هو المشترى (٢) •

٦٤٨ — حق المشترى فى حبس الثمن : نصت المادة ٤٥٧ من التقنين المدنى على أنه « ١ — يكون الثمن مستحق الوفاء فى الوقت الذى يسلم فيه المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك • ٢ — فاذا تعرض أحد للمشترى مستندا الى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، أو اذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشترى ، جاز له ، ما لم يمنعه شرط فى العقد ، أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض

---

(١) انظر آنفا فقرة ٦٤٢ فى الهامش •

(٢) ذلك ان الملكية قد انتقلت الى المشترى بالبيع ، فان كان المبيع عقارا ولم يسجل عقد البيع ، فالمشترى وان لم تنتقل اليه الملكية يعتبر فى حكم المالك ، ويكون الهلاك عليه .

أو يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا . ٣ — ويسرى حكم الفقرة السابقة فى حالة ما اذا كشف المشترى عيبا فى البيع » . وهذا تطبيق آخر للحق فى الحبس متمثلا فى الدفع بعدم تنفيذ العقد . ونرى فيه المشترى ، وهو مدين بالثمن والدين حال ، يتعرض له أجنبى مستندا الى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، أو يخشى هو على المبيع أن ينزع من يده لأسباب جدية ، أو يكتشف عن عيب فى المبيع . فى كل هذه الأحوال يكون البائع ملزما بالضمان ، فيجب عليه أن يمنع التعرض أو يزيل الخطر أو يعوض عن العيب . فهذا دين فى ذمة البائع قد أصبح مستحق الأداء ، يقابله ويرتبط به ارتباطا تبادليا الدين الذى فى ذمة المشترى بدفع الثمن . فيجوز اذن للمشترى أن يحبس الثمن حتى يستوفى حقه من البائع ، أى حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر (١) أو يتقاضى المشترى تعويضا عن

---

(١) وللمشترى الحق فى حبس الثمن عن البائع فى الحالات الثلاث الآتية : ١ — أن يتعرض احد للمشترى مستندا الى حق سابق على البيع او آل اليه بعد البيع من البائع . ٢ — اذا خاف المشترى أن ينزع المبيع من تحت يده ، ولا يشترط فى هذه الحالة أن يقع التعرض فعلا ، بل يكفى أن يخشى المشترى ولأسباب معقولة ان ينزع المبيع من تحت يده ، واما مجرد التوهم الذى لا يقوم على اسباب جدية فانه لا يكفى لاعطاء المشترى الحق فى الحبس ٣ — وللمشترى أخيرا الحق فى حبس الثمن اذا كشف عيبا فى المبيع : راجع محمد على عمران ، المرجع السابق ص ٣١٦ .

وقد قضت محكمة النقض بأن المشرع لم يقصر حق المشترى فى حبس الثمن على حالة وقوع تعرض له بالفعل وانما اجاز له هذا الحق ايضا ولو لم يقع هذا التعرض اذا تبين وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من يده . فمجرد قيام هذا السبب لدى المشترى يخول له الحق فى ان يحبس ما لم يكن قد اداه من الثمن ولو كان مستحق الأداء ، حتى يزول الخطر الذى يهدده ما لم يكن قد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته له اذا كان فى العقد شرط يمنعه من استعماله . (نقض مدنى فى ١٩ من يناير سنة ١٩٦٧ — مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ٢٤ ص ١٤٣) .

كما قضت محكمة النقض بأن مفاد نص المادة ٢/٤٥٧ من القانون المدنى أن المشرع اجاز للمشترى الحق فى حبس الثمن اذا تبين وجود سبب جدى =

العيب • وتقدير جدية السبب الذى يولد الخشية فى نفس المشترى من

= يخشى معه نزع المبيع من يده ، فمجرد قيام هذا السبب لدى المشترى يخول له الحق فى أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ، ولو كان مستحق الاداء حتى يزول الخطر الذى يهدده وذلك ما لم يكن قد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته له أو كان فى العقد شرط يمنعه من استعماله ، فعلم المشترى وقت الشراء بالسبب الذى يخشى معه نزع المبيع من يده لا يكفى بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لأنه قد يكون محيطا بالخطر الذى يتهدده ويكون فى نفس الوقت معتمدا على البائع فى دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقى فى ذمته من الثمن مادام أنه لم يشترط ساقط الخيار . (نقض مدنى فى ١٤ من أبريل سنة ١٩٧٠ — مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ رقم ٩٧ ص ٦٠٤) .

وقد قضت محكمة النقض بأن التزام المشترى بدفع الثمن فى عقد البيع يقابله التزام البائع بنقل الملكية الى المشترى ، فاذا وجدت أسباب جدية يخشى معها الا يقوم البائع بتنفيذ التزامه كان يكون غير مالك للعقار المبيع ، كان من حق المشترى ان يقف التزامه بدفع الثمن حتى يقوم البائع من جهته بتنفيذ التزامه . ولما كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الطاعن لم يسجل عقد مشتراه من المالكين الاصليين حتى يستطيع بدوره نقل ملكية العقار المبيع الى المطعون ضده ، بل ظل هذا العقار على ملك المالكين الأصليين مع قيام خطر التصرف فيه الى الغير بعقد مسجل مما يتهدد المطعون ضده بنزعه من تحت يده ، فان الحكم المطعون فيه اذ انتهى فى قضائه الى أن من حق المطعون ضده حبس باقى الثمن حتى يقوم الطاعن بتسجيل عقد مشتراه من المالكين الاصليين ، لا يكون قد خالف القانون او أخطأ فى تطبيقه . (نقض مدنى فى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٧٤ — مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ رقم ٢١٨ ص ١٢٧٨) .

وقضت محكمة النقض كذلك بأنه فى العقود الملزمة للجانبين وعلى ما تقضى به المادة ١٦١ من القانون المدنى اذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه اذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به ، وقد أجاز المشرع تطبيقا لهذا الاصل فى الفقرة الثانية من المادة ٤٥٧ للمشترى ما لم يمنعه شرط فى العقد أن يحبس الثمن اذا خيف على المبيع أن ينزع من يده ، ومقتضى ذلك أن قيام هذا السبب لدى المشترى يخول له الحق فى أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ، ولوكان مستحق الاداء حتى يزول الخطر الذى يهدده ، وذلك ما لم يكن قد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته له أو كان فى العقد شرط يمنعه من استعماله . (نقض مدنى فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٧٥ — مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ رقم ٣٠١ ص ١٦٠٦) .

نزع المبيع من تحت يده هو من الامور التى يستقل بها قاضى الموضوع ولا رقابة عليه فى ذلك لمحكمة النقض » (١) •

ويلاحظ هنا أن الشىء المحبوس ليس عينا معينة بالذات مملوكة للطرف الآخر ، بل هو دين فى ذمة الحابس نفسه يمتنع عن أدائه (٢) •

ويلاحظ أيضا أن المشرع هنا رجع الى تطبيق القواعد العامة فى الحبس ، عندما أجاز للبائع أن يسقط حق المشترى فى حبس الثمن اذا هو قدم كفيلا •

٦٤٩ — حق المستاجر فى حبس العين المؤجرة فى مواجهة كل من المؤجر والمشترى للعين : نصت المادة ٦٠٥ من التقنين المدنى على أنه « ١ — لا يجوز لمن انتقلت اليه ملكية العين المؤجرة ولم يكن الايجار نافذا فى حقه أن يجبر المستأجر على الاخلاء الا بعد التنبيه عليه بذلك فى المواعيد المبينة فى المادة ٥٦٣ • ٢ — فاذا نبه على المستأجر بالاخلاء قبل انقضاء الايجار ، فان المؤجر يلتزم بأن يدفع للمستأجر تعويضا ما لم يتفق على غير ذلك ، ولا يجبر المستأجر على الاخلاء الا بعد أن يتقاضى

---

(١) نقض مدنى فى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٧٤ — مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ رقم ٢١٨ ص ١٢٧٨ ونقض ١٠ ديسمبر سنة ٧٥ المجموعة السابقة السنة ٢٦ رقم ٣٠١ ص ١٦٠٦ •

(٢) استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٤٧ — ٦ يونية سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٤٣ — ١١ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٦٧ •

وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الثابت أن الطاعن تمسك فى دفاعه بأنه لا يحق للمطعون ضدهم طلب فسخ العقد طالما انهم لم ينفذوا التزامهم بتسليم الارض المبيعة وتمكينه من وضع يده عليها ، وأن من حقه ازاء ذلك أن يقف تنفيذ التزامه بباقى الثمن حتى يوفى المطعون ضدهم من التزامهم بالتسليم ، وكان الحكم المطعون فيه قد اكتفى بالرد على ذلك بأن العقد قد خلا من ترتيب أى التزام على عاتق المطعون ضدهم من حيث تسليم الارض المبيعة وتمكين الطاعن من وضع يده عليها ، فان ذلك من الحكم خطأ فى القانون ، ذلك ان الالتزام بتسليم المبيع من الالتزامات الاصلية التى تقع على عاتق البائع ولو لم ينص عليه فى العقد ، وهو واجب النفاذ بمجرد تمام العقد ولو كان الثمن مؤجلا ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك : (نقض مدنى فى ٢٨ابريل سنة ١٩٧٥ — مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ رقم ١٦٤ ص ٨٤٠) •

التعويض من المؤجر أو ممن انتقلت اليه الملكية نيابة عن المؤجر أو بعد أن يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا التعويض » . وهذا تطبيق ثالث للحق فى الحبس متمثلا أيضا فى الدفع بعدم تنفيذ انعقد . ذلك أن المؤجر قد التزم بعقد الايجار أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة طول مدة الايجار ، وقد أخل بالتزامه بأن باع العين الى مشتر لا ينفذ الايجار فى حقه ، فوجب عليه التعويض للمستأجر بموجب عقد الايجار نفسه . فهناك اذن دينان متقابلان مرتبطان فيما بينهما لأنهما نشآ معا من عقد الايجار على وجه التبادل : دين المؤجر أن يدفع تعويضا للمستأجر لاخلاله بالتزامه ، ودين المستأجر أن يرد العين المؤجرة الى المؤجر أو خلفه المشترى . فيجوز أذن للمستأجر أن يحبس العين حتى يستوفى التعويض . وهذا الحق فى الحبس ليس نافذا فحسب فى حق المؤجر ، بل هو نافذا أيضا فى حق الخلف الخاص للمؤجر وهو المشترى للعين المؤجرة (١) . فيجوز للمستأجر أن يبقى حابسا للعين المؤجرة حتى فى مواجهة المشترى ، الى أن يستوفى التعويض اما من المؤجر ، واما من المشترى نفسه نيابة عن المؤجر اذا أراد المشترى أن يتعجل تسلم العين التى اشتراها (٢) .

---

(١) ولكننا سنرى ان الحق فى الحبس لا يحتج به على الخلف الخاص اذا كان حق هذا الخلف قد ثبت على العين قبل ثبوت الحق فى الحبس . ولما كان المشترى للعين المؤجرة خلفا خاصا للمؤجر ثبت حقه على العين قبل ثبوت الحق فى الحبس — لان حق المستأجر فى التعويض فالحبس لم يثبت الا بعد فسخ الايجار بالبيع ، فحق المشترى على العين الثابت بعقد البيع سابق على حق المستأجر فى الحبس — فقد كان الواجب ، طبقا للقواعد العامة ، الا يحتج المستأجر بحقه فى الحبس على المشترى ، وانما يحتج به على المؤجر وحده . ولكن نصا خاصا فى القانون — المادة ٥٦٣ سالفة الذكر — هو الذى جعل الحق فى الحبس هنا نافذا استثناء فى حق المشترى . ويذهب جوسران (جزء ٢ فقرة ١٤٦٩) الى أن الحق فى الحبس يجوز الاحتجاج به على الخلف الخاص ولو كان حقه متقدما على الحق فى الحبس ، ومن ثم يجعل نفاذ حق المستأجر فى حبس العين المؤجرة على المشترى مجرد تطبيق لهذه القاعدة ، لا استثناء منها تقرر بنص خاص .

(٢) ويرجع المشترى على المؤجر بما دفعه من تعويض للمستأجر ، اذا كان لهذا الرجوع مقتض فى العلاقة ما بين المشترى والمؤجر .

وهنا أيضا يطبق المشرع القواعد العامة فى الحبس ، عندما يسقط حق المستأجر فى حبس العين اذا هو حصل ، من المؤجر أو من المشترى ، على تأمين كاف للوفاء بالتعويض المستحق له .

٦٥٠ — حق المستأجر فى حبس العين لاستيفاء ما يستحق من التعويض بسبب انهاء الايجار قبل انقضاء مدته : نصت المادة ٦٠٨ من التقنين المدنى على أنه « ١ — اذا كان الايجار معين المدة ، جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب انهاء العقد قبل انقضاء مدته اذا جدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الايجار من مبدأ الأمر أو فى أثناء سريانه مرهقا ، على أن يراعى من يطلب انهاء العقد مواعيد التنبيه بالاخلاء المبينة بالمادة ٥٦٣ ، وعلى أن يعرض الطرف الآخر تعويضا عادلا . ٢ — فاذا كان المؤجر هو الذى يطلب انهاء العقد ، فلا يجبر المستأجر على رد العين المؤجرة حتى يستوفى التعويض أو يحصل على تأمين كاف » . وهذا هو أيضا تطبيق تشريعى للحق فى الحبس . والدينان المتقابلان القائمان على علاقة تبادلية هما : دين المؤجر فى اعطاء تعويض للمستأجر لانهاء عقد الايجار قبل انقضاء مدته ، ودين المستأجر فى رد العين الى المؤجر . فللمستأجر اذن أن يحبس العين المؤجرة حتى يستوفى حقه فى التعويض ، أو حتى يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا الحق . وليس هذا الا مجرد تطبيق لأحكام الحبس .

٢ — تطبيقات تقوم على الارتباط المادى أو الموضوعى

٦٥١ — حق الحائز فى حبس العين لاسترداد ما أنفقه عليها من المصروفات : نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ من التقنين المدنى ، كما رأينا ، على ما يأتى : « ويكون ذلك (أى الامتناع عن الوفاء) بوجه خاص لحائز الشىء أو محرزه ، اذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فان له أن يمتنع عن رد هذا الشىء حتى يستوفى ما هو مستحق

له ، الا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع » • وهـذا هو التطبيق الرئيسى للحق فى الحبس القائم على الارتباط المادى أو الموضوعى •

ويجب الرجوع ، فى تحديد الدينين المتقابلين فى هذا التطبيق ، الى الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٩٨٠ ، فقد نصتا على ما يأتى : « ١ — على المالك الذى يرد اليه ملكه أن يؤدى الى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية • ٢ — أما المصروفات النافعة فيسرى فى شأنها أحكام المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ » • وهاتان المادتان المشار اليهما فى آخر الفقرة الثانية تميزان بين ما اذا كان الحائز الذى أنفق مصروفات نافعة على العين التى حازها كان حسن النية ، أى كان يعتقد عندما أنفق هذه المصروفات أن العين مملوكة له ، أو سىء النية • فاذا كان حسن النية ، كان له أن ينزع ما أحدثه فى العين أو يبقيه ، ويخير المالك فى حالة الابقاء بين أن يرد للحائز المصروفات التى أنفقها أو أن يدفع مبلغا يساوى ما زاد فى ثمن العين بسبب هذه المصروفات (م ٩٢٥ فقرة أولى مدنى)• أما اذا كان سىء النية ، فللمالك أن يطلب ازالة ما أحدثه الحائز فى العين على نفقة الحائز مع التعويض ان كان له وجه ، أو أن يستبقيه ويخير فى هذه الحالة بين دفع قيمته مستحق الازالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن العين بسبب هذه المصروفات (م ٩٢٤ فقرة أولى مدنى) • ويرى من ذلك أن الحائز [١] ، اذا أنفق مصروفات ضرورية على العين ، كان له أن يستردها جميعا من المالك ، سـواء كان هـو حسن النية أو سيئها • واذا أنفق مصروفات نافعة ، فان كان حسن النية ، كان على

---

(١) والحائز يجب أن يفهم بمعنى واسع : فهو الحائز الذى يضع يـده على العين كمالك (possesseur) ، والمحرز الذى يحوز العين حيازة مادية (détenteur) دون أن يضع يده كمالك وذلك كالمستأجر والمستعير وحافظ الوديعة والدائن المرتهن رهن حيازة . وقد صرحت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ بذلك حين قالت : « ... لحائز الشىء أو محرزه ... » .

المالك أن يرد له أقل القيمتين : مقدار هذه المصروفات أو الزيادة فى ثمن العين بسببها . وان كان سيء النية ، كان على المالك أن يرد له أقل القيمتين ، الزيادة فى ثمن العين بسبب المصروفات أو قيمة ما استحدث فى العين مستحق الازالة . ففى جميع الأحوال يكون هناك دينان متقابلان : ١ — دين على المالك للحائز هو رد قيمة من القيم سالفة الذكر فى نظير ما أنفق الحائز من مصروفات على العين (١) . ومصدر هذا الدين هو الاثراء بلا سبب . ٢ — دين على الحائز للمالك هو رد العين اليه ، ومصدر هذا الدين قد يكون الاثراء بلا سبب لأن الحائز يثرى على حساب المالك لو استبقى العين ، وقد يكون العقد كما فى حيازة الدائن المرتهن للعين التى ارتهنها رهن حيازة فانه يجب عليه ردها للمالك بموجب عقد الرهن ، وقد يكون العمل غير المشروع كما لو اغتصب الحائز العين من مالكها أو سرقها أو استولى عليها وهى ضائعة ، وقد يكون القانون كما فى حيازة الوصى لأعيان القاصر فانه يجب عليه ردها عند انتهاء الوصاية بحكم القانون . ففى هذه الأحوال — عدا حالة ما اذا كان التزام الحائز بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع كما سبق القول — تتوافر شروط نشوء الحق فى الحبس ، اذ يوجد دينان متقابلان ، وهما مرتبطان أحداهما بالآخر ، فالدين برد المصروفات قد نشأ بمناسبة العين الواجبة الرد . فيجوز اذن للحائز أن يحبس العين حتى يسترد المصروفات على النحو الذى تقدم ذكره (٢) .

وقد قام خلاف ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، فيما اذا كان

---

(١) هذا مالم يكن الحائز حسن النية قد اختار نزع ما استحدثه (م ٩٢٥ فقرة أولى) ، أو اختار المالك تمليك العين للحائز حسن النية نظير تعويض عادل (م ٩٢٥ فقرة ٢) ، وما لم يكن المالك قد طلب من الحائز سيء النية ازالة ما استحدثه (م ٩٢٤ فقرة أولى) ، أو طلب الحائز سيء النية نزع ما استحدثه ولم يختر المالك استبقاءه (م ٩٢٤ فقرة ٢) .

(٢) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥١ .

الحائز سيء النية له الحق فى حبس العين (١). فحسم التقنين المدنى الجديد هذا الخلاف ، اذ أعطى الحق فى الحبس للحائز مطلقا ، حسن النية كان أو سيء النية ، وأن يكن التعويض المستحق للحائز سيء النية أقل من التعويض المستحق للحائز حسن النية على الوجه الذى تقدم بيـــانه .

هذا وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٩٨٠ من التقنين المدنى على ما يأتى : « فاذا كانت المصروفات كمالية ، فليس للحائز أن يطالب بشيء منها ، ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على

---

(١) وكان الراى الراجح هو أن للحائز سيء النية الحق فى حبس العين (استئناف مصر ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٠٩ ص ٤١٥ — قنا الكلية ٢٣ ابريل سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣٥١ ص ٥٣٥ — الاسـكندرية الكلية الوطنية ٢٩ ابريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٢٣ ص ٦٤٩) . انظر عكس ذلك وان الحائز السيء النية ليس له الحق في الحبس : استئناف أسيوط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٢٤ ص ٣٩٩ .

أما فى فرنسا فالفقه منقسم : فمن الفقهاء من لا يجعل الحق فى الحبس الا للحائز حسن النية ، فينكر هذا الحق على الحائز سيء النية ، مترسـما فى ذلك اثر القانون الرومانى وتقاليد القانون الفرنسي القديم (توليبه ٣ فقرة ١٣٠ — ديرانتون ٤ فقرة ٣٨٢ — ترولونج ١ فقرة ٢٦٠ — جيللوار فى حق الحبس فقرة ٧١) . ومن الفقهاء من يجعل الحق فى الحبس للحائز حسن النية وللحائز سيء النية على السواء (ديمولومب ١ فقرة ٦٨٢ — بيدان ١ فقرة ٢٥٠ — بلانيول ٢ فقرة ٢٥٢٤) . وعند الفقهاء الذين لا يكتفون بقيام الارتباط ما بين الدينين لاثبات الحق فى الحبس ، بل يشترطون فوق ذلك أصـلا مشتركا للدينين ، لا يجوز استعمال الحق فى الحبس لا للحائز سيء النيـة وللحائز سيء النية على السواء (ديمولومب ١ فقرة ٦٨٢ — بيدان ١ فقرة ١٨١ وما بعدها و ٢٩ فقرة ٢٩٨ — بودرى وشوفو فقرة ٣٦٧) . أمـا القضاء الفرنسى فينكر الحق فى الحبس على الحائز سيء النية ، ولا يجعل هذا الحق الا للحائز حسن النية (نقض فرنسى ٢٥ مايو سنة ١٨٥٢ داللوز ٥٢ — ١ — ٢٧٩ — ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٧٣ داللوز ٧٤ — ١ — ٢٤١ — ١٣ يولية سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٤ — ١ — ٢٢) . وينتقد جوسران هـذا القضاء ، فيقول : اما الا يعطى الحائز سيء النية تعويضا أصلا ، واما أن يعطى تعويضا فيكون له الحق فى الحبس لضمان هذا التعويض ، وليس حتما أن يكون الحائز سيء النية شخصا فاسد الذمة ، فالمستأجر للعين والشريك فى الشيوع كلاهما حائز سيء النية ، وسواء كان الحائز حسن النية أو سيئها فالارتباط هو هو قائم ما بين الدينين (جوسران ٢ فقرة ١٤٧٥) .

أن يعيد الشيء الى حالته الأولى . الا اذا اختار المالك أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الازالة » • ونرى من ذلك النص أن الحائز ، سواء كان حسن النية أو سيئها ، اذا أنفق مصروفات كمالية ، فليس له أن يتقاضى عنها تعويضا • وليس له الا أن ينزع ما استحدثه من منشآت على نفقته ، على أن يعيد الشيء الى حالته الأولى ، وان تعذر ذلك فعليه أن يدفع تعويضا عما أحدثه من الضرر • وللمالك أن يلزمه بنزع ما استحدثه على نفقته ، مع اعادة الشيء الى حالته الاولى والتعويض ان كان له مقتض • وللمالك أيضا أن يستبقي ما استحدثه الحائز ، وعند ذلك يلتزم بدفع قيمة مستحق الازالة • ونرى — وان كانت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ لم يتناول نصها هذه الحالة — ان المالك اذا استبقى ما استحدثه الحائز في مقابل دفع قيمة مستحق الازالة ، كان الارتباط المادى قائما ما بين الدينين المتقابلين ، وجاز للحائز ان يحبس العين حتى يستوفى من المالك حقه • وليس هذا الا تطبيقا للقاعدة العامة الواردة فى الفقرة الاولى من المادة ٢٤٦ ، واذا كانت الفقرة الثانية هذه المادة لم تتناول هذه الحالة ، فذلك لأنه يغلب فى المصروفات الكمالية أن تنزع أو أن تترك دون تعويض ، فلم يعرض لها النص كما عرض للمصروفات الضرورية والمصروفات النافعة (١) •

ونصت المادة ٩٨٢ من التقنين المدنى على أنه « يجوز للقاضى بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسبا للوفاء بالمصروفات المنصوص

---

(١) وقد نصت المادة ٩٨١ من التقنين المدنى على انه « اذا تلقى شخص الحيازة من مالك أو حائز سابق ، واثبت انه ادى الى سلفه ما أنفق من مصروفات ، فان له ان يطالب بها المسترد » . ويفترض هذا النص أن الحائز الحالى ليس هو نفسه الذى أنفق المصروفات ، بل الذى انفقها هو المالك الظاهر أو الحائز السابق الذى انتقلت منه اليه الحيازة ، فله أن يستردها — على النحو المبين فيما سلف — من المالك الحقيقى عندما يسترد هذا ملكه . وعندئذ يجوز للحائز الحالى أن يحبس العين حتى يستوفى حقه من المالك ، تطبيقا للقاعدة العامة الواردة فى الفقرة الاولى من المادة ٢٤٦ .

عليها فى المادتين السابقتين ، وله أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة ••• » • فاذا قضت المحكمة بأن يكون الوفاء على أقساط دورية ، فقد أصبح الدين غير حال ، ويترتب على عدم حلول الدين أن يفقد حقه فى حبس العين ، لانه لا يجوز له الحبس الا فى دين حال كما قدمنا • ويفارق التقسيط الممنوح من القاضى الأجل الذى يمنحه القاضى فى الحالات العادية (délai de grâce) وهذا الأجل الأخير لا يمنع من الحبس كما رأينا — فى أن الغرض المقصود بالتقسيط هو ألا يرهق المالك بدفع مبلغ جسيم من المال دفعة واحدة ، فقسط عليه التعويض تيسيرا له ، وليس من التيسير أن يحرم من ملكه ويبقى الحائز حابسا له حتى يستوفى القسط الاخير • على أن النص يقضى بأن هذا التقسيط الذى يمنحه القاضى مشروط بتقديم الضمانات اللازمة ، وقد رأينا أن القواعد العامة للحبس تسقط الحق فيه اذا قدمت هذه الضمانات • فللمالك اذن أن يسترد ملكه من الحائز ، أما لأن الدين الذى فى ذمته غير حال ، واما لأنه يكون قد قدم ضمانات كافية للوفاء بهذا الدين •

٦٥٢ — حق صاحب العلو فى حبس السفل بعد أن يعيد بناءه :

وهذه حالة تقوم على فكرة أن المصروفات التى أنفقت كانت ضرورية ، لا فى حفظ الشيء ، بل فيما هو أبعد مدى من ذلك : فى انشاء الشيء مرة أخرى • فاذا كان هنالك بناء ، له صاحب للعلو وصاحب للسفل ، وانهدم ، وجب أن يبدأ صاحب السفل فى اعادة بناء سفله ، حتى يتمكن صاحب العلو من اعادة بناء علوه • فاذا امتنع صاحب السفل من اعادة بناء سفله ، وطلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل ، جاز له أن يفعل ذلك على نفقة صاحب السفل ، وله أن يحبس السفل حتى يستوفى حقه من صاحبه • و قد نصت المادة ٨٦٠ من التقنين المدنى على هذا الحكم فى العبارات الآتية : « ١ — اذا انهدم البناء وجب على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله • فاذا امتنع ، جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل ، الا اذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه ٢٠ — وفى الحالة الاخيرة يجوز لصاحب العلو أن يمنع صاحب

السفل من السكنى والانتفاع حتى يؤدى ما فى ذمته ، ويجوز له أيضا أن يحصل على اذن فى ايجار السفل أو سكناه استيفاء لحقه » •

ويلاحظ أن الحق فى الحبس هنا قد يقترن ، باذن من القاضى ، بأن ينتفع الحابس بالعين المحبوسة أو بأن يستغلها حتى يستوفى حقه من ثمرتها ، وهذا استثناء من القواعد العامة للحق فى الحبس ، كما سنرى، تبرره ظروف الحالة التى نحن بصددها •

المطلب الثـــانى

تطبيقات غير منصوص عليها فى القانون

٦٥٣ ـ **تطبيقات تذكر لا على سبيل الحصر** : ولما كانت القـــاعدة العامة فى الحبس الواردة فى الفقرة الاولى من المادة ٢٤٦ قـــد أغنت المشرع فى التقنين المدنى الجديد عن الاكثار من ايراد التطبيقات ، فقد اقتصر هذا التقنين على التطبيقات التشريعية التى أسلفنا ذكرها ، وترك الباقى للقاعدة العامة • فنستعرض بعض تطبيقات لم يرد فيها نص فيكتفى فيها باعمال القاعدة العامة ، وغنى عن البيانات أن هذه التطبيقات لا نذكرها هنا على سبيل الحصر ، اذ توجد تطبيقات أخرى كثيرة غيرها لا يمكن حصرها ، ويكفى فيها تطبيق القاعدة العامة فى الحبس •

ونترك جانبا حق الحبس فى رهـــن الحيازة ، فهـــذا قـــد نظمه القانون (١) • وهو يختلف عن الحبس الذى نحن بصدده فى أنه يقترن بحق عينى هو حق الرهن ، ومكان دراسته فى الرهن الحيازى • كذلك نترك جانبا حقوق الامتياز التى تقوم على فكرة الرهن ، فترتب حقا فى الحبس مصحوبا بحق امتياز ، وذلك كحق امتياز المؤجر (٢) وحق امتياز صاحب الفندق (٣) ، فهذه مكان دراستها فى حقوق الامتياز •

---

(١) انظر بنوع خاص المادة ١١١٠ من التقنين المدنى •
(٢) انظر المادتين ٥٨٩ و ١١٤٣ من التقنين المدنى •
(٣) انظر المادة ١١٤٤ من التقنين المدنى •

ونميز هنا أيضا ، كما فعلنا فيما تقدم ، بين تطبيقات تقوم على الارتباط القانونى أو التبادلى وتطبيقات تقوم على الارتباط المادى أو الموضوعى .

١ — تطبيقات تقوم على الارتباط القانونى أو التبادلى :

٦٥٤ — حق المؤجر فى حبس العين المؤجرة وحق المستأجر فى حبس الاجرة : فى عقد الايجار ، وهو عقد ملزم للجانبين ، اذا لم يستوف المؤجر الأجرة الحالة كان له أن يحبس العين المؤجرة حتى يستوفيها (١) . وهذا تطبيق لمبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد ، أى للحق فى الحبس ، لم يرد فيه نص وليس فى حاجة اليه .

والذى يقف النظر عنده فى هذا التطبيق أن العين المحبوسة هى ملك للدائن الحابس ، فالمؤجر يحبس العين التى آجرها وهى فى الكثرة الغالبة من الأحوال ملكه . وقد كان هذا التطبيق ، باعتباره تطبيقا للحق فى الحبس ، يبدو غير مستقيم فى عهد التقنين المدنى السابق الذى كان يعد حق الحبس حقا عينيا ، اذ المالك لا يكون له حق عينى على ملك نفسه غير حق الملكية (٢) . أما فى التقنين المدنى الجديد ، حيث الحق فى الحبس لا يعتبر حقا عينيا بل هو مجرد دفع بعدم التنفيذ ، فالتطبيق مستساغ معقول .

كذلك للمستأجر ، لنفس الأسباب المتقدمة ، أن يحبس الأجرة حتى يتسلم العين المؤجرة ، اذا لم يكن مشترطا تعجيل الأجرة قبل تسليم العين .

---

(١) استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٢٧ ص ٦٦ (فى عهد التقنين المدنى السابق كتطبيق لمبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد) .

(٢) الا فى حالات خاصة ، كالحائز للعين المرهونة (tiers détenteur) عندما يحل محل الدائن المرتهن فى العين المرهونة ، فيكون له حق رهن على ملك نفسه .

٦٥٥ — حق المستأجر فى حبس العين المؤجرة للتحسينات التى استحدثها : نصت المادة ٥٩٢ من التقنين المدنى على أنه « ١ — اذا أوجد المستأجر فى العين المؤجرة بناء أو غراسا أو غير ذلك من التحسينات مما يزيد فى قيمة العقار ، التزام المؤجر أن يرد للمستأجر عند انقضاء الايجار ما أنفقه فى هذه التحسينات أو ما زاد فى قيمة العقار ، ما لم يكن هناك اتفاق يقضى بغير ذلك • ٢ — فاذا كانت تلك التحسينات قد استحدثت دون علم المؤجر أو رغم معارضته ، كان له أيضا أن يطلب من المستأجر ازالتها ، وله أن يطلب فوق ذلك تعويضا عن الضرر الذى يصيب العقار من هذه الازالة ان كان للتعويض مقتضى • ٣ — فاذا اختار المؤجر أن يحتفظ بهذه التحسينات فى مقابل رد احدى القيمتين المتقدم ذكرهما ، جاز للمحكمة أن تنظره الى أجل للوفاء بها» •فهذا النص يميز بين ما اذا كان المستأجر قد استحدث التحسينات بعلم من المؤجر ومن غير معارضة منه ، دون أن يكون بينهما اتفاق ، أو استحدثها دون علم المؤجر أو رغم معارضته • ففى الحالة الاولى يخير المؤجر فى أن يدفع للمستأجر اما ما انفقه هذا فى التحسينات واما ما زاد فى قيمة العقار بسببها،وللمستأجر ، تطبيقا لقاعدة الحق فى الحبس ومن غير حاجة الى نص خاص ، أن يحبس العين المؤجرة حتى يستوفى من المؤجر احدى القيمتين المشار اليهما • وفى الحالة الثانية يكون المؤجر بالخيار بين طلب ازالة التحسينات مع التعويض ان كان له مقتض ، وبين استبقاء هذه التحسينات فى مقابل رد احدى القيمتين المتقدم ذكرهما • فاذا استبقى التحسينات ووجب عليه رد احدى القيمتين الى المستاجر ، كان لهذا ، تطبيقا لقاعدة الحق فى الحبس ومن غير حاجة الى نص خاص ، أن يحبس العين المؤجرة حتى يستوفى ما له فى ذمة المؤجر • فاذا نظر المؤجر الى أجل ، تطبيقا للفقرة الثالثة من المادة ٥٩٢ ، لم يعد للمستأجر الحق فى حبس العين لان الدين المقابل أصبح غير حال ، قياسا على ما قدمناه فى حالة ما اذا قضت المحكمة بأن يكون الوفاء بالمصروفات للحائز على أقساط دورية وفقا للمادة ٩٨٢ (١) •

(١) انظر انفا فقرة ٦٥١ •

٦٥٦ — حق المتقايض فى حبس ما قايض به : فى عقد المقايضة يلتزم كل من المتقايضين أن يسلم للاخـــر الشى الذى قايض به ، وتسرى على المقايضة أحكام البيع (م ٤٨٥ مـدنى) • فيجـوز اذن لكل مـن المتقايضين ، تطبيقا لقـاعدة الحق فى الحبس ، أن يحبس الشىء الذى قايض به حتى يقبض الشيء الذى قايض عليه • ولما كانت أحكام البيع تسرى على المقايضة ، فان الأحكام المتعلقة بحبس البائع للمبيع ، وقـد تقدم ذكرها ، تنطبق هنا (١) •

٦٥٧ — حق الواهب فى حبس الهبة وحق الموهوب له فى حبس العوض : نصت المادة ٤٩٧ من التقنين المدنى على أن « يلتزم الموهوب له بأداء ما اشترط عليه من عوض ، سواء اشترط هذا العوض لمصلحة الواهب أم لمصلحة أجنبى أم للمصلحة العامة » • فهنا التزامان متقابلان مرتبطان أحدهما بالآخر ارتباطا تبادليا : التزام الواهب بتسليم العين الموهوبة ، والتزام الموهوب له بتسليم العوض • فيجوز اذن لكل من المتعاقدين ، تطبيقا لقاعدة الحق فى الحبس ودون حاجة الى نص خاص ، أن يحبس الالتزام الذى فى ذمته حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما فى ذمته مـن التزام •

٦٥٨ — حق المقاول فى حبس العمل وحق رب العمل فى حبس الاجرة : نصت المادة ٦٥٦ من التقنين المدنى على أنه « يستحق دفـع الأجرة عند تسلم العمل ، الا اذا قضى العرف أو الاتفاق بغير ذلك » • فهنا التزامان متقابلان يرتبط أحدهما بالآخر ارتباطا تبادليـا : التزام المقاول بتسليم العمل ، والتزام رب العمل بدفع الأجرة • فيجوز اذن

(١) ويمكن القول بأن حق المتقايض فى حبس ما قايض به ورد فيه النص الخاص بحبس البائع للمبيع (٤٥٩ مدنى) ، اذ أن المادة ٤٨٥ مدنى تنص على أنه «تسرى على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذى تسمح به طبيعة المقايضة، ويعتبر كل من المتقايضين بائعا للشىء الذى قايض به ومشـتريا للشىء الذى قايض عليه» •

لكل من المتعاقدين ، تطبيقا لقاعدة الحق فى الحبس ودون حاجة الى نص خاص (١) ، أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يستوفى حقه من المتعاقد الآخر (٢) .

٦٥٩ — حق الموكل فى حبس الاجرة والتعويض وحق الوكيل فى حبس ما للموكل فى ذمته : نصت المادة ٧١٠ من التقنين المدنى على ما يأتى : « على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الانفاق ، وذلك مهما كان حظ الوكيل من النجاح فى تنفيذ الوكالة » . ونصت المادة ٧١١ على أن « يكون الموكل مسئولا عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا » . ونصت المادة المادة ٧٠٦ على أنه « ١ — ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه . ٢ — وعليه فوائد المبالغ التى استخدمها لصالحه من وقت استخدامها ، وعليه أيضا فوائد ما تبقى فى ذمته من حساب الوكالة من وقت أن يعذر » . فهذه التزامات متقابلة مرتبطة بعضها ببعض ارتباطا تبادليا ومصدرها جميعا عقد واحد ملزم للجانبين هو عقد الوكالة (٣) . فيجوز اذن ، تطبيقا لقاعدة الحق فى

---

(١) وقد كان المشرع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص خاص سبقت الاشارة اليه ، وهو المادة ٩٠٢ من هذا المشروع ، وكانت تجرى ، كما رأينا ، على الوجه الآتى : « اذا كان العمل متعلقا بمنقول ولم يحدد أجل لدفع الاجر ، جاز للمقاول أن يحبس هذا المنقول وغيره من الاشياء التى يكون رب العمل قد سلمها اليه لاجراء العمل ، وذلك الى أن يستوفى أجره » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة « اكتفاء بالقواعد العامة فى حق الحبس » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٥ ص ٤٧ هامش رقم ١) ، كما سبق القول (انظر انفا فقرة ٦٤٣ فى الهامش) .

(٢) انظر فى عهد التقنين المدنى السابق ، وكتطبيق للدفع بعدم تنفيذ العقد : مصر الكلية الوطنية ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٨٠ ص ٤٧٠ .

(٣) ومثل ذلك ايضا الوكيل الذى يلتزم بمقتضى عقد الوكالة بان يؤدى للموكل كافة ما تسلمه لحسابه . والوكالة ان كانت بغير اجر ، فانها لا تلزم سوى الوكيل . ولا يلتزم الموكل بمقتضى عقد الوكالة ذاته بأى التزام =

الحبس ودون حاجة الى نص خاص (١) ، لكل من المتعاقدين ان يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يستوفى حقوقه من المتعاقد الآخر (٢) .

٦٦٠ — حق المستعير فى حبس العارية وحق المعير فى حبس ما فى ذمة المستعير : نصت المادة ٦٣٧ من التقنين المدنى على أنه : « ١ — اذا اضطر المستعير الى الانفاق للمحافظة على شىء أثناء العارية ، التزم المعير أن يرد اليه ما أنفقه من المصروفات . ٢ — أما المصروفات النافعة فتتبع فى شأنها الأحكام الخاصة بالمصروفات التى ينفقها من يحوز الشىء وهو سيىء النية » . ونصت الفقرة الثانية من المادة ٦٣٨ على ما يأتى : « ولاضمان عليه (على المعير) كذلك فى العيوب الخفية ، غير أنه اذا تعمد اخفاء العيب أو اذا ضمن سلامة الشىء منه ، لزمه تعويض المستعير عن كل ضرر يسببه ذلك » . ونصت الفقرة الاولى من المادة ٦٤٢ على أنه « متى انتهت العارية وجب على المستعير أن يرد الشىء الذى تسلمه بالحالة التى يكون عليها ، وذلك دون اخلال بمسئوليته عن الهلاك أو التلف » . فهذه أيضا التزامات متقابلة يرتبط بعضها ببعض ، فعلى المستعير أن يرد العارية عند انتهاء العقد ، وعلى المعير أن يعوض المستعير عن المصروفات وعن العيوب الخفية على النحو المبين فى النص . فيجوز اذن لكل من المتعاقدين ، تطبيقا لقاعدة الحبس ودون حاجة الى

= متقابل ، غير انه على الموكل ان يريد للوكيل ما انفقه فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد (المادة ٧١٠ مدنى) والتزام الموكل هنا لم ينشأ عن عقد الوكالة بل مصدره واقعة الانفاق بوصفها فعلا نافعا استفاد منه الموكل : الاستاذ اسماعيل غانم ، المرجع السابق فقرة ١٠٦ .

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص خاص هو المادة ٩٨٧ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « للوكيل الحق فى حبس الاشياء التى يملكها الموكل وتكون فى يد الوكيل بحكم الوكالة ، وذلك ضمانا لتنفيذ الموكل لالتزاماته » . وقد حذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة « لان حكمها مستفاد من قواعد الحبس » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٥ ص ٢١٩ هامش رقم ١) .

(٢) انظر فى عهد التقنين المدنى السابق وكتطبيق للدفع بعدم تنفيذ العقد : استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣م ٤٦ ص ٢١ .

نص خاص (١) ، أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يستوفى حقوقه ، وبوجه خاص يجوز للمستعير أن يحبس العارية حتى يستوفى ما فى ذمة المعير بسبب المصروفات أو بسبب العيوب الخفية .

٦٦١ — حق حافظ الوديعة فى حبسها وحق المودع فى حبس ما فى ذمته الوديعة : نصت المادة ٧٢٥ من التقنين المدنى على ما يأتى : « على المودع أن يرد الى المودع عنده ما أنفقه فى حفظ الشىء ، وعليه أن يعوضه كل مالحقه من خسارة بسبب الوديعة » . ونصت المادة ٧٢٢ على أنه « يجب على المودع عنده أن يسلم الشىء الى المودع بمجرد طلبه ، الا اذا ظهر من العقد أن الاجل عين لمصلحة المودع عنده . وللمودع عنده أن يلزم المودع بتسلم الشىء فى أى وقت ، الا اذا ظهر من العقد أن الاجل عين لمصلحة المودع » . فهنا أيضا التزامات متقابلة يرتبط بعضها ببعض ، فعلى حافظ الوديعة أن يرد الوديعة ، وعلى المودع أن يعوض حافظ الوديعة عن المصروفات وعما لحق هذا من خسارة بسبب الوديعة . فيجوز آذن لكل من المتعاقدين ، تطبيقا لقاعدة الحبس ودون حاجة الى نص خاص ، أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يستوفى حقوقه ، ومن ثم يجوز لحافظ الوديعة أن يحبس العين المودعة حتى يسترد المصروفات أو يتقاضى التعويض بحسب الاحوال (٢) .

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص خاص هو المادة ٨٥٥ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « للمستعير أن يحبس الشىء تحت يده ، حتى يستوفى ما يستحقه بمقتضى المادتين السابقتين من مصروفات وتعويضات » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة « اكتفاء بالقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٧٣ هامش رقم ١) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يكون للمودع لديه ان يحبس الشىء المودع الا مقابل استيفاء ما انفقه من المصروفات الضرورية أو النافعة على ذات الشىء المودع ، اما المصروفات التى لا تنفق على ذات الشىء المودع فان التزام المودع بها لا يكون مرتبطا بالتزام المودع لديه برد الوديعة وبالتالى لا يسوغ امتناعه عن رد الوديعة عند طلبها بحجة اقتضاء هذه المصروفات (نقض مدنى فى ٢٧ من يونيه سنة ١٩٦٣ مجموعة احكام النقض السنة ١٤ رقم ١٣٣ ص ٩٥٦) .

٦٦٢ ـ الحبس فى حالة ابطال العقد أو فسخه : نصت المادة ١٤٢ من التقنين المدني على انه « ١ ـ فى حالتي ابطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان الى الحاله التي كانا عليها قبل العقد ، فاذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض عادل . ٢ ـ ومع ذلك لا يلزم ناقص الاهلية اذا أبطل العقد لنقص أهليته ، ان يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب العقد » . ونصت المادة ١٦٠ على أنه « اذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فاذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض » . ففى جميع هذه الأحوال تكون هناك التزامات متقابله ارتبط بعضها ببعض ، وقد نشأت عن انحلال الرابطة التعاقدية اما بالابطال أو بالفسخ ، فوجب على كل من الطرفين أن يرد للطرف الآخر ما أخذه منه بسبب تنفيذ العقد . ومن ثم يجوز لكل من الطرفين ، تطبيقا لقاعدة الحبس ودون حاجة الى نص خاص (١) ، أن يحبس ما فى يده للطرف الآخر حتى يسترد ما له فى يد هذا الطرف (٢) .

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص خاص هو المادة ٢٢٤ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « اذا انحل العقد بسبب البطلان أو الفسخ أو بأى سبب اخر ، وتعين على كل من المتعاقدين أن يرد ما استولى عليه ، جاز لكل منهما أن يحبس ما اخذه ما دام المتعاقد الآخر لم يرد اليه ما تسلمه منه أو يقدم ضمانا لهذا الرد ، وذلك طبقا للقواعد المقررة فى حق الحبس » . وقد حذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة « لانها تطبيق للقاعدة العامة فى حق الحبس » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣١ هامش رقم ١) . وقد سبقت الاشارة الى ذلك (انظر آنفا فقرة ٦٤٣ فى الهامش) .

(٢) انظر فى عهد التقنين المدنى السابق كتوسع فى حق البائع فى حبس المبيع : مصر الكلية الوطنية ٤ مايسو سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣٢٢ ص ٦٧٥ .

وقد قضت محكمة النقض بان للمشترى حق حبس العين المحكوم بفسخ عقد البيع الصادر له عنها حتى يوفيه البائع ما دفعه من الثمن تاسيسا على ان التزامه بتسليم العين بعد الحكم بالفسخ يقابله التزام البائع برد ما تسلمه من الثمن الا ان حق المشترى فى الحبس ينقضى بوفاء البائع بالتزامه .

(نقض مدنى فى ٢٧ من يونيه سنة ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ رقم ١٨٤ ص ١٢٢٩) .

وتطبيقا لما تقدم نصت المادة ٤٦٨ من التقنين المدنى ، فى بيع ملك الغير ، على أنه « اذا حكم للمشترى بابطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية » . فيجوز اذن للمشترى أن يحبس المبيع عن البائع حتى يستوفى هذا التعويض (١) . ونصت المادة ٥٠٣ ، فى الهبة، على أنه « ١ — يترتب على الرجوع فى الهبة بالتراضى أو بالتقاضى أن تعتبر الهبة كأن لم تكن . ٢ — ولا يرد الموهوب له الثمرات الا من وقت الاتفاق على الرجوع أو من وقت رفع الدعوى ، وله أن يرجع بجميع ما أنفقه من مصروفات ضرورية ، أما المصروفات النافعة فلا يجاوز فى الرجوع بها القدر الذى زاد فى قيمة الشىء الموهوب » . ويتبين من ذلك أن الموهوب له ، بعد الرجوع فى الهبة ، يلتزم برد الشىء الموهوب مع ثمراته ، ويلتزم الواهب برد المصروفات التى أنفقها الموهوب له ، وكل ذلك على الوجه المبين فى النص . فيجوز لكل من الطرفين أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يتقاضى ما له من حقوق ، ويجوز بوجه خاص أن يحبس الموهوب له العين الموهوبة حتى يسترد ما أنفقه من المصروفات (٢) .

---

(١) على ان الحبس فى هذه الحالة يكون فى مواجهة البائع لملك الغير ، لا فى مواجهة المالك الحقيقى . وكذلك اذا فسخ البيع فلايكون الحبس لاسترداد الثمن الا فى مواجهة البائع ، وهذا يقتضى ان يكون الفسخ قد أعاد الملكية الى البائع . وقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بان التسليم تجوزا للمشترى بحق حبس العقار المبيع اذا فسخ عقده حتى يستوفى ماقدمه من ثمن ، قياسا على حق البائع فى الحبس ، يجب الا يخرج عن الحالة التى يكون فسخ العقد فيها قد اعاد الملكية الى البائع ، فبذلك لا يكون ثمة شذوذ فى الاوضاع القانونية او تناقض مع المنطق السليم ، بعكس ما اذا كان فسخ العقد بسبب وجود بيع سابق فلايعيد الملكية الى البائع ، والا ادى القول بذلك الى أن يبيع الشخص ملك غيره ، فينتزعه المشترى من المالك الحقيقى ويحبسه حتى يستوفى ثمنه (٤ مايو سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣٢٢ ص ٦٧٥ وهو الحكم الذى تقدمت الاشارة اليه فى الهامش السابق) .

وسنرى فيما يلى (انظر فقرة ٦٧٤ فى الهامش) أن المالك للعين المحبوسة لا يحتج عليه بالحبس اذا لم يكن هو المدين للحابس .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بان التزام المشترى برد الارض المبيعة =

٦٦٣ — **الحبس فى حـالة الفضالة** : نصت المادة ١٩٣ من التقنين المدنى على أن « يلتزم الفضولى بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولى عليه بسبب الفضالة ، وتقديم حساب عما قام به » • ونصت المادة ١٩٥ على أن « يعتبر الفضولى نائبا عن رب العمل ، متى كان قـد بـذل فى ادارته عناية الشخص العادى ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة • وفى هذه الحالة يكون رب العمل ملزما بأن ينفذ التعهدات التى عقدها الفضـولى لحسابه ، وأن يعوضه عن التعهدات التى التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف مضافا اليها فوائدها من يـوم دفعها ، وأن يعوضه عن الضرر الـذى لحقه بسـبب قيامـه بالعمـل ، ولا يستحق الفضولى أجرا على عمله الا أن يكون من أعمال مهنته » • ويتبين من ذلك أن هناك التزامات متقابلة ما بين الفضولى ورب العمل قد ارتبط بعضها ببعض ، ونشأت كلها عن علاقة تبادلية غـير تعـاقدية • فالفضولى يلتزم برد ما استولى عليه بسبب الفضالة وبتقديم حسـاب عما قام به ، ورب العمل يلتزم بتعويض الفضـولى عن التعهـدات التى التزم بها وعن النفقات التى سوغتها الظروف وعن الضرر الذى لحقـه بسبب قيامه بأعمال الفضالة • ومن ثم يجوز لكل من الطرفين ، تطبيقـا لقاعدة الحبس ودون حـاجة الى نص خـاص ، أن يمتنـع عن تنفيـذ التزاماته حتى يستوفى حقوقه من الطرق الأخر (١) •

= بعد فسخ عقد البيع — انما يقابل التزام البائع برد ما قبضـه من الثمن أما التزام المشترى برد ثمرات العين المبيعة فهو يقابل التزام البائع برد فوائد ما قبضه من الثمن ومن ثم فان من حق المشترى ان يحبس ما يستحقه البائع فى ذمته من ثمار حتى يستوفى منه فوائد ما دفعه من الثمن (نقض مدنى فى ٢٧ من يونيه سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ١٨٥ ص ١٢٢٤ •

(١) انظر آنفا فقرة ٦٤٣ — هذا يجـوز للوكيل بالعمولة أن يحبس البضائع والاوراق التى اشتراها لحساب موكله ودفع ثمنها ، حتى يستوفى منه الثمن والعمولة (بودرى ودى‌لوان ١ فقرة ٢٣٦) • كما يجوز للمحـامى أن يحبس عن موكله أوراق القضية حتى يستوفى اتعابه ، بل ويجوزله ، وفقا =

٢ ـ تطبيقات تقوم على الارتباط المادى أو الموضـوعى

٦٦٤ ـ **الحبس فى حالا تالالتصاق** : سبق الكـلام فى حق الحائز فى حبس العين لاسترداد ما أنفقه عليها من المصروفات(١) • فاذا كان هذا الحائز أقام على أرض الغير منشآت ، فقد تكفلت المواد ٩٢٤ الى ٩٢٦ من التقنين المدنى ببيان الحكم فى ذلك ، مميزة بين ما اذا كان الحائز حسن النية أو سىء النية • فاذا كان حسن النية ، خير صاحب الارض بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغا يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت • واذا كان الحائز سيىء النية ، كان لصاحب الأرض أن يطلب ازالة المنشآت ، أو أن يستبقيها مقابل دفـع قيمتهـا مستحقة الازالة أو دفع مبلغ يسـاوى ما زاد فى ثمن الارض • ففى الحالات التى يستبقى فيها صاحب الأرض المنشآت مقابل دفع قيمة من القيم السالفة الذكر ، يكون هناك دينان متقابلان يرتبط كل منهما بالآخر ارتباطا ماديا ، فعلى الحائز أن يرد الأرض لصاحبها ، وعلى صـاحب الأرض أن يدفع للحائز القيمة التى اختار دفعهـا له • فيجـوز اذن لكل من الطرفين ، تطبيقا لقاعدة الحبس ودون حاجة الى نص خـاص ، أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يتقاضى حقه ، وبخاصـة يجـوز للحائز أن يحبس الأرض عن صـاحبها حتى يتقاضى منه التعويض المستحق(٢) •

٦٦٥ ـ **حبس المشترى للعين المشفوع فيها** : نصت المادة ٩٤٦ من

= للقضاء الفرنسى ، ان يحبس ايضاعن الموكل المستندات والاوراق الاصلية (نقض فرنسى ١٠ أغسـطس سنة ١٨٧٠ داللوز ٧١ ـ ١ ـ ٤٠) • ولكن المادة ٢٩ من قانون المحاماة (رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٤) فى مصر لا تبيح للمحامى أن يحبس عن موكله ما عهد به اليه من مستندات وأوراق أصلية الى أن يستوفى ماله من اتعاب • وهناك تطبيقات اخـرى كثيرة غير التى ذكرناها يرجع فيها الى القاعدة العامة فى الحبس ، فنكتفى بما قدمناه •

(١) أنظر انفا فقرة ٦٥١ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد نص المادة ٢٤٦ من القانون المدنى أن لحائز الشىء الذى انفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة حق حبسه حتى يستوفى ما هو مستحق له يسـتوى فى ذلك أن يكون الحائز حسـن النية او سيئها ، اذ أعطى القانون بهذا النص الحق فى الحبس للحائز مطلقا ، =

التقنين المدني على أنه « ١ — اذا بنى المشترى فى العقار المشفوع أو غرس فيه أشجارا قبل اعلان الرغبة فى الشفعة ، كان الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشترى أن يدفع له اما المبلغ الذى أنفقه أو مقدار ما زاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس • ٢ — وأما اذا حصل البناء أو الغراس بعد اعلان الرغبة فى الشفعة ، كان للشفيع أن يطلب الازالة • فاذا اختار أن يستبقى البناء أو الغراس ، فلا يلزم الا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس » • ويتبين من النص أنه يجب التمييز بين ما اذا كان المشترى بنى أو غرس قبل اعلان الرغبة فى الشفعة ، أو بعد اعلان هذه الرغبة • ففى الحالة الأولى يكون المشترى حسن النية ، فله الخيار فى أن يسترد من الشفيع اما المبلغ الذى أنفقه فعلا أو ما زاد فى قيمة العقار • وفى الحالة الثانية يكون المشترى سيىء النية ، ومن ثم يكون للشفيع طلب الازالة ، وله استبقاء البناء أو الغراس مقابل دفع قمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس • فهناك اذن التزامات متقابلة مترابطة ترابطا ماديا ، فعلى المشترى أن يرد العين المشفوع فيها الى الشفيع ، وعلى الشفيع أن يرد الى المشترى فى مقابل البناء أو الغراس احدى القيم السالفة الذكر • فيجوز اذن للمشترى ، طبقا لقاعدة الحبس ودون حاجة الى نص خاص ، أن يحبس العين المشفوع فيها حتى يستوفى القيمة المستحقة •

٦٦٦ — حق المشترى فى المنقول المسروق أو الضائع : نصت المادة ٩٧٧ من التقنين المدنى على أنه « ١ — يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله ، اذا فقده أو سرق منه ، أن يسترده ممن يكون حائزا له بحسن نية ، وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة • ٢ — فاذا كان من يوجد الشىء المسروق أو الضائع فى حيازته قد

= وبذلك يثبت لمن اقام منشآت على أرض فى حيازته الحق فى حبسها حتى يستوفى التعويض المستحق له عن تلك المنشآت طبقا للقانون : نقض مدنى فى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٧٣ مجموعة احكام النقض السنة ٢٤ رقم ٢٢٣ ص ١٢٨٧ •

اشتراه بحسن نية فى سوق أو مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجر فى مثله ، فان له أن يطلب ممن يسترد هذا الشىء أن يعجل له الثمن الذى دفعه » . ويتبين من هذا النص أن من يشترى بحسن نية شيئا مسروقا أو ضائعا فى سوق أو مزاد علنى أو ممن يتجر فى مثله لا يلزم برد الشىء الى مالكه الا اذا طلبه المالك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة ورد للمشترى الثمن الذى دفعه . وليس بين المشترى والمالك أية علاقة غير حيازة المشترى للشىء المسروق أو الضائع ، وقد أصبح المشترى دائنا باسترداد الثمن بمناسبة هذا الشىء الذى يجب عليه أن يرده للمالك . ومن ثم وجد ارتباط مادى أو موضوعى ما بين التزام المشترى برد الشىء الى المالك والتزام المالك برد الثمن الى المشترى ، فيجوز اذن للمشترى ، طبقا لقاعدة لحبس ودون حاجة الى نص خاص (١) ، أن يحبس الشىء عن المالك حتى يسترد منه الثمن (٢) .

٦٦٧ — **المنتفع فى حبس العين** : نصت المادة ٩٨٩ من التقنين المدنى على أن « ١ — المنتفع ملزم أثناء انتفاعه بكل ما يفرض على العين المنتفع بها من التكاليف المعتادة وبكل النفقات التى تقتضيها أعمال الصيانة . ٢ — أما التكاليف غير المعتادة والاصلاحات الجسيمة التى لم تنشأ عن خطأ المنتفع فانها تكون على المالك ، ويلتزم المنتفع بأن يؤدى للمالك فوائد ما أنفقه فى ذلك . فان كان المنتفع هو الذى قام بالانفاق ، كان له استرداد رأس المال عند انتهاء حق الانتفاع » . ويتبين من هذا النص أن التكاليف غير المعتادة والاصلاحات الجسيمة فى العين المنتفع بها

---

(١) بل أن نص المادة ٩٧٧ يتضمن معنى الحبس ، فقد ورد فيه أن للمشترى أن يطلب من المالك «أن يعجل له الثمن الذى دفعه» . فتعجيل الثمن يفيد أن المشترى يؤخر تسليم الشىء حتى يستوفى الثمن (انظر الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤٠ ص ١٩٤ هامش رقم ١)

(٢) انظر فى عهد التقنين المدنى السابق : بنى مزار ٢٢ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ١٧ ص ١٢١ .

تكون على المالك لا على المنتفع ، فاذا قام المنتفع بها كان له اســترداد رأس المال عند انتهاء حق الانتفاع • ومن ثم يوجد التزامان متقابـلان مترابطان ترابطا ماديا : التزام المنتفع برد العين المنتفع بهـا الى المالك عند انتهاء حق الانتفاع ، والتزام المالك برد أصل مـا أنفقــه المنتفع فى التكاليف غير المعتادة والاصلاحات الجسيمة • فيجوز اذن للمنتفع ، طبقا لقاعدة الحبس ودو نحاجة الى نص خاص ، أن يحبس العين المنتفع بها حتى يستوفى حقه من المالك (١) •

الفـرع الثـانى

الآثار التى تترتب على الحـق فى الحبس

٦٦٨ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٤٧ من التقنين المـدنى على ما يأتى :

« ١ — مجرد الحق فى حبس الشىء لا يثبت حق امتياز عليه » •

---

(١) انظر خلافا فى الرأى فى فرنسا فى بودرى ودى لوان ١ فقرة ٢٤١ • والقضاء فى فرنسا لا يسير فى حق الحبس الى مداه المنطقى • فقد رأيناه ينكر هذا الحق على الحائز سيىء النية (انظر انفا فقرة ٦٥١ فى الهامش) • وهو ينكر أيضا هذا الحق على الحائز للعقار المرهون ، اذا نزعت ملكيته ، ضمانا للمصروفات التى أنفقها ، وذلك لكيلا تتعطل دعـــوى الرهن (نقض فرنسى ١٤ نوفمبر سنة ١٨٨١ داللوز ٨٢ — ١ — ١٦٨ — محكمة بوردو الاستئنافية ١٢ أغسطس سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٦ — ٢ — ٤٠٩ — ترولون ٣ فقــرة ٨٣٦ — ديرانتون ٢٠ فقرة ٢٧٢ — أوبرى ورو ٣ فقــرة ٢٥٦ مكررة — بلانيول وريبير واسمان ٦ فقرة ٤٥٨ ص ٦١٢ هامش رقم ١ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ١٤٨٢ — وانظر عكس ذلك فى أن لحائز العقار المرهون الحق فى الحبس : ديمولومب ١ فقرة ٦٨٢ — بيدان ١ فقرة ٢٥٠) • أما فى مصر فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٠٦٩ من التقنين المدنى على ما يأتى : « ويلتزم الراسى عليه المزاد أن يرد الى الحائز الذى نزعت ملكيته المصروفات التى أنفقها فى سند ملكيته وفى تسجيل هذا السند وفيما قام به من الاعلانات ، وذلك الى جانب التزاماته بالثمن الذى رســـا به المزاد وبالمصروفات التى اقتضتها اجراءات التطهير » • ويبدو أن للحائز حبس العين حتى يستوفى =

« ٢ — وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقا لاحكــام رهن الحيازة ، وعليه أن يقدم حسابا عن غلته » .

« ٣ — واذا كان الشيء المحبــوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، فللحابس أن يحصل على اذن من القضاء فى بيعه وفقا للاحكام المنصوص عليها فى المادة ١١١٩ ، وينتقل الحق فى الحبس من الشيء الى ثمنه »(١) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن هذه الأحكام كان معمولا بها فى جملتها دون نص ، الا ما يتعلق بالفقــرة الثالثة التى تنص على حالة من أحوال الحلول العينى ، كان من غير المتيسر الأخذ بها دون نص فى عهد التقنين المدنى السابق .

= هذه الحقوق ، تطبيقا لقاعدة الحق فى الحبس ودون حاجة الى نص خاص (استئناف مصر ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٠٩ ص ٤١٥ — ومع ذلك أنظر : استئناف مختلط ١٨ ابريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٦٢) . كذلك يوجد خلاف فى فرنســا فى حق الوارث الظــاهر فى أن يحبس ما فى يده من أعيان التركة اذا كان قد دفع بعض ديون المورث ثم انتزع الوارث الحقيقى منه هذه الاعيان ، فللوارث الظاهر أن يرجع على الوارث الحقيقى بما دفعه من ديون التركة ، وله حق الحبس عند الفقهاء الذين يكتفون بقيام الارتباط ما بين الدينين وليس له هذا الحق عند اللذين يشترطون فوق الارتباط الاصل المشترك (انظر فى هذه المســألة بودرى ودى لوان ١ فقرة ٢٤٣) . أما فى مصر فيبدو أن للوارث الظاهر الحق فى الحبس ، دون حاجة الى نص خاص ، لقيام الارتباط المادى ما بين الدينين .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٣٣٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — ليس لمن حبس شيئا وفقا للمادة السابقة حق امتياز عليه . وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وأن يقدم حســابا عن غلته وفقا للاحكام التى تسرى فى حق الدائن المرتهن رهن حيازة . ٢ — اذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، فللحــابس أن يحصــل على اذن من القضاء فى بيعه وفقا للاجراءات المرسومة لبيع الشيء المرهون حيازة ، وينتقل الحق فى الحبس من الشيء الى ثمنه » . وفى لجنة المراجعة لوحظ أن النص كما ورد فى المشروع التمهيدى يلزم الحابس بواجب استغلال العين المحبوســة على النحــو المقرر فى حق الدائن المرتهن حيــازة ، وقد رؤى انه يحسن عدم تقرير هذا الواجب ، ثم عدل النص الى جانب ذلك تعديلا لفظيا جعله أدق فى أداء المعنى ، فأصبح مطابقا لما استقر عليه فى التقنين الجديد ، وصــار رقم المادة ٢٥٩ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٤٧ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٣ — ص ٦٥٥) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٤٨ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢٨٣ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٥٠ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ٢٧٤ ، ووفى التقنين المدنى الكويتى المادتين ٣١٩ و ٣٢٠ ، وفى التقنين المدنى الأردنى المادتين ٣٩٠ و ٣٩١ (١) .

والنص الذى نحن بصدده ، وكذلك النص التالى الذى يبين أسباب انقضاء الحق فى الحبس ، انما يعرضان للحالة التى تحبس فيها عين معينة بالذات فى دين مرتبط بها ارتباطا قانونيا أو ارتباطا ماديا . أما اذا كان الشىء المحبوس ليس عينا معينة بالذات ، فقواعد الدفع بعدم تنفيذ العقد هى التى تنطبق ، وقد سبق لنا شرحها فى الجزء الأول من هذا الوسيط (٢) . ونقتصر هنا على الحالة التى يكون فيها الشىء المحبوس عينا معينة بالذات . فالحابس للعين ، بمقتضى حبسه لها ، تتقرر له حقوق وتترتب عليه واجبات ، نتولى الآن بسطها .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الاخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٤٨ (مطابقة لنص التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٢٨٣ (متفقة فى الحكم مع نص التقنين المدنى المصرى ، ولا يوجد الابعض خلاف لفظى — وانظر فى شرح المادة الدكتور حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١١٤) .

التقنين المدنى الليبى م ٢٥٠ (مطابقة لنص التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٧٤ : « أن حق الحبس / مع مراعاة الحالة الخاصة المتقدم ذكرها (استرداد حيازة العين اذا نزعت خفية أو بالعنف) ، لا يمنح صاحبه حق التتبع ولا حق الافضلية ، وانما يمكن الاحتجاج به على الجميع ، بمعنى أن الحابس يحق له أن يرفض التخلى عن الشىء أية كانت شخصية المعارض » . (ويتفق التقنين اللبنانى مع التقنين المصرى فى الحكم ، وان اختلف فى اللفظ — انظر فى هذا المعنى الدكتور صبحى المحمصانى فى اثار الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٥١ — ص ٥٢) .

التقنين المدنى الاردنى م ٣٩٠ و ٣٩١ : مطابقتان فى حكمهما لنص التقنين المدنى المصرى .

التقنين المدنى الاردنى م ٣٩٠ و ٣٩١ : مطابقتان فى حكمهما لنص التقنين المدنى المصرى مع خلاف فى الصياغة .

(٢) الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٩٢ — فقرة ٥٠٣ .

المبحث الأول

حقـوق الحابس للعـين

٦٦٩ — علاقة الحابس بالمالك وعلاقته بالغير : تمييز — فى بسط حقوق الحابس للعين — بين علاقة الحابس بمالك العين وهو عـادة المدين الذى تحبس العين فى دينه ، وعلاقة الحابس بالغير .

المطلب الأول

علاقة حابس العين بمالكها

٦٧٠ — حبس العـين عن مالكها : متى توافرت الشروط اللازمـة لنشوء الحق فى حبس العين ، أصبح للدائن الحق فى حبس هذه العـين عن مالكها (١) ، فلا يستطيع هذا أن يطالب الحائز برد العين حتى يقوم

---

(١) وذلك دون حاجة الى حكم او حتى الى اعذار كما سبق القول (انظر انفا فقرة ٦٤٤ — استئناف مختلط ١٣ ابريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٣٠) .
وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان العقد المحـــرر بين مدين ودائنه (بنك التسليف) ينص على أن المدين تعهد بأن يسدد الى البنك مطلوبه على أقساط وبأن يقدم له عقارا بصفة رهن تأمينا للسداد ، وعلى أن البنك تعهد من جانبه برفع الحجزين السابق توقيعهما منه على منقولات المدين وعقـــاراته متى تبين بعد حصول الرهن وقيده واستخراج الشهادات العقارية عدم وجود أى حـق عينى مقدم عليه ، ثم فسرت المحكمة ذلك بأن قبول البنك تقسـيط الدين متوقف على قيام المدين بتقديم التأمين العقارى بحيث اذا لم يقدم هذا التأمين بشروطه المنصوص عليها فى العقد كان البنك فى حل من قبول التقسـيط ، وتعرفت نية المدين فى عدم تقديم التأمين من خطاب صادر منه ، وبناء على ذلك قضت بعـدم ارتباط البنك فى التقســيط وبأحقيته فى الاســتقرار فى التنفيذ بدينه على المنقولات والعقارات دون أن يكون ملزما بتكليف المدين رســميا بالوفاء ، فان هذا الحكم لا يكون قد خالف القانون فى شىء (نقض مدنى ٢١ ديسمبر سـنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٧ ص ٣٦) .

بوفاء ما فى ذمته من الدين للحائز (١) •

وتبقى العين محبوسة فى يد الحائز حتى يستوفى هذا كل حقه (٢) • فلو كان هذا الحق مصروفات ضرورية أو نافعة أنفقها الحائز على العين ، فللحائز أن يحبس العين حتى يستوفى من المالك جميع الحقوق التى قررها له القانون والتى سبق بيانها (م ٩٨٠ مدنى) • ذلك أن الحق فى حبس العين غير قابل للتجزئة (indivisible) (٣) شأنه فى ذلك شأن كل ضمان • فلو أن المالك وفى الحائز جزءا من الدين ، فان الحائز يبقى حابسا للعين كلها حتى يستوفى الباقى بأكمله (٤) ، ولو أن الدين الذى فى ذمة المالك انقسم

(١) ولا يترتب على الحبس بذاته انقضاء الالتزام ، فهو امتناع مؤقت عن تنفيذ الالتزام وذلك على عكس المقاصة التى يترتب عليها انقضاء الدينين بقدر الاقل منهما ، وانما يريد الحابس ، عن طريق رفض تسليم الشىء ، ان يحمل المدين على الوفاء بالتزامه وفاء عاديا : الاستاذ اسماعيل غانم المرجع السابق ص ٢٤٥ •

(٢) أو يعرضه المدين عرضا حقيقيا يقبله الحابس او يحكم بصحته (الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات فقرة ١٦٨ ص ٢٥٤) • ولا يكفى أن يودع المدين المبلغ المستحق للدائن فى خزانة المحكمة (استئناف مختلط ١٥ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٠٠) • على أنه اذا كان حق الدائن غير معلوم المقدار ، جاز للمدين أن يطب من القاضى الاذن له فى ايداع خزانة المحكمة مبلغا كافيا ، يقدره القاضى ، على ذمة الدائن يفى بحقه عند تقديره ، ويكون للمدين بعد الايداع اجبار الحابس على التسليم (استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ — ١٩ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٥٢ — الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١١١ ص ٢٤٥ — وانظر انفا فقرة ٦٤٢ فى الهامش) •

وللمدين بمقتضى المادة ٢٤٦ / ١ مدنى أن يجبر الحابس على تسليم الشىء اذا قام « بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه » ولا فرق فى ذلك بين تأمين شخص كالكفالة ، وعينى كالرهن • ولكن بشرط أن يكون التأمين كافيا ، ولقاضى الموضوع أن يفصل — عند النزاع — فى مدى كفاية التأمين الذى قدمه المدين : اسماعيل غانم المرجع السابق ص ٢٤٦ •

(٣) بودرى ودى لوان ١ فقرة ٢٤٤ •

(٤) نقض مدنى ١٤ يونيه سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥٨ ص ١٠٢٦ — ولو أن الصانع تسلم الخامات من رب العمل • وصنع بعضها وسلمه اليه قبل أن يتسلم أجره ، فان له أن يحبس الباقى حتى يستوفى كل الاجر ، ويدخل فى ذلك الاجر عن الجزء الذى سبق له تسليمه (أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٦٢ — ١٦٣ — بودرى ودى لوان ١ فقرة ٢٤٤ ص ٢٣٣ — ص ٢٣٤ — بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٣ ص ٦٠٧) •

على ورثته بعد موته — وهذا لا يقع فى الفقه الاسلامى وانما يقع فى القانون الفرنسى — فان الحائز يبقى حابسا للعين حتى يستوفى من كل وارث نصيبه فى الدين . على أنه يجب على الحائز ألا يتعسف فى استعمال حقه فى الحبس ، فلو أن الباقى من الدين كان جزءا قليلا تافها ، كان من التعسف كما قدمنا أن يبقى حابسا للعين كلها فى هذا الجزء التافه ، ووجب عليه أن يرد العين لمالكها مع مطالبته بالباقى من الدين (١) .

وما ذكرناه فى حق المالك يسرى فى حق ورثته ، فللحائز حبس العين فى مواجهة ورثة المالك ، وهم خلفه العام ، حتى يستوفى كل حقه (٢) . وكذلك ينتقل الحق فى الحبس من الحائز الى ورثته ، فلو مات الحائز كان لورثته حبس العين الى أن يستوفوا حقهم الذى انتقل اليهم من مورثهم .

٦٧١ — لا يعطى الحبس بمجرده حق امتياز للحابس : على أن حبس العين على النحو المتقدم لا يجعل للحابس حق امتياز عليها ،

---

(١) أنظر آنفا فقرة ٦٤٤ — ويجوز لقاضى الامور المستعجلة اذا كان واضحا أن الباقى من الدين جزء تافه لا يستحق الحبس من أجله ، أو كان واضحا أن الدين الذى حبست العين فيه ليس بجدى ، أن يقضى برد العين الى صاحبها (بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٧ ص ٦١١ هامش رقم ٤) . ويجوز أيضا اذا تيسر ذلك ، أن يستبقى الحائز جزءا من العين يتناسب مع الجزء الباقى من الدين محبوسا فى يده . ويجب على كل حال التفريق بين الالتزامات الاساسية التى كانت سببا حافزا للتعاقد وهذه هى التى يجوز الحبس من أجلها ، وبين الالتزامات الثانوية وهذه لا محل للحبس فيها ، فاذا تعهد المؤجر بحرث الارض ولم ينفذ تعهده ، لم يجز للمستأجر الامتناع عن سداد الايجار (الفيوم الكلية ٧ أكتوبر سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٣ رقم ٤٨٤ ص ١١١٨) . وتقضى المحاكم فى فرنسا بأن المهندس أو المحامى الذى يحبس مستندات لعميله ، ويكون من الضرورى تقديم هذه المستندات للدفاع عن مصالح العميل يلزم بتسليم هذه المستندات الى أمين يستخدمها لمصلحة العميل ، ثم يردها ثانية الى من تسلمها منه (نقض فرنسى ١٩ يوليه سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٦ — ١ — ٩ — ٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٤ — ٢ — ٧٥ — بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٧ ص ٦١١ وهامش رقم ٥)

(٢) بودرى ودى لوان ١ فقرة ٢٢٦ .

وتقول الفقرة الأولى من المادة ٢٤٧ أن « مجرد الحق فى حبس الشىء لا يثبت حق امتياز عليه »[1] . وهذا هو الجوهرى فى الحبس ، فهو ليس بحق عينى كما قدمنا . على أنه حتى لو كان حقا عينيا — كما كان فعلا فى التقنين المدنى السابق — فانه بمجرده لا يجعل للحابس حق امتياز[2] . ويترتب على ذلك أن الحابس اذا نفذ على العين المحبوسة بحقه ، فانما ينفذ عليها كدائن عادى لا كدائن له حق امتياز . فيزاحمه سائر الدائنين فى الثمن ويقاسمونه فيه مقاسمة الغرماء . وهو متى أقدم على بيع العين جبرا فى دينه ، فقد نزل عن حقه فى الحبس ، لأنه لا يستطيع — وهو الذى طلب البيع — أن يمتنع عن تسليم العين لمن رسا عليه المزاد ، ولا يبقى أمامه الا الثمن الذى رسا به المزاد يستوفى منه ، هو وسائر الدائنين كما قدمنا ، الحق الذى له[3] .

ولكن اذا بقى الحائز حابسا للعين ، ولم ينفذ عليها ، فان حقه فى الحبس يبقى قائما ، حتى لو باع المالك العين من آخر أو نفذ أحد الدائنين الآخرين بحقه على العين فباعها جبرا لمن رسا عليه المزاد . ففى جميع هذه الأحوال يبقى حق الحائز فى حبس العين قائما فى مواجهة

---

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٤ .

(٢) ولكن يلاحظ انه من الجائز أن يكون الدين الذى حبست فيه العين له أيضا حق امتياز بموجب القانون ، كما هى الحال فى امتياز المبالغ التى صرفت فى حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم (م ١١٤٠ مدنى) ، وكما هى الحال فى امتياز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد اليهم فى تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو فى اعادة تشييدها أو ترميمها أو فى صيانتها (م ١١٤٨ مدنى) . ففى مثل هذه الاحوال يتقدم الحابس على سائر الدائنين ، ولكن لا بمقتضى حقه فى حبس العين ، بل بمقتضى ما أثبته له القانون من حق الامتياز .

(٣) استئناف مصر ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٨٨ ص ١١٧٤ — الاستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤١٥ .

المشترى من المالك أو فى مواجهة الراسى عليه المزاد (١) ، على تفصيل سيأتى بيانه عند الكلام فى علاقة الحابس بالغير • ولا يبقى الا توفية الحابس حقه كاملا اذا لم يكن هو الـذى نفـذ على العـين ، وينتهى الحق فى الحبس فى هذه الحالة الى النتيجة الفعلية التى ينتهى اليهـا حق الامتياز (٢) •

٦٧٢ — **حبس الثمرات** : واذا كانت العين المحبوسـة تنتج غلة أو ثمرات ، فليس للحائز الا حبسها ، وليس له حـق امتيـاز عليها ، شأنها فى ذلك شأن العين نفسها (٣) • وسنرى فى واجبات الحابس أنـه لا يلتزم باسـتغلال العـين الا اذا كانت بطبيعتها تنتج غلة • فاذا باع

---

(١) استئناف مصر فى ٩ فبراير سنة ١٩٢٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٥٨ ص ١١٧٤ (وهو الحكم السابق الاشارة اليه) — وقارن : اسـتئناف مصر ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المحـاماة ١٧ رقم ٣٠٨ ص ٦٢٨ • وانظر : الاستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤١٦ — الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤٧ •

(٢) استئناف مصر ٩ فبراير سنة ١٩٢٧ المحـاماة ١٧ رقم ٥٥٨ ص ص ١١٧٤ وهو الحكم السابق الاشاره اليه — استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٣ — الاستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقـرة ٤١٥ — الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات فقرة ١٦٨ ص ٢٥٥ — الاستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٢٠ — الاستاذ اسـماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤٧ ص ٢٠٦ •

فالحبس اذن حالة مؤقتة تنتهى اما الى اذعان المدين ودفعه الدين كاملا للحابس ، وأما الى تخلى الحابس عن الحبس للتنفيذ على العين المحبوسة • وقد تنتهى الى المطالبة بفسخ العقد ، وهذه هى حالة نهائية لا مؤقتة • وقـد يتخلف عن الحبس أثر دائم كما فى العقد الزمنى أو المستمر (contrat successif) فان شركة النور مثلا اذا وقفت تنفيذ التزامها فقطعت النور عن المستهلك مدة من الزمن كان لهذا اثر دائم لا سـبيل الى الرجـوع فيه (بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٧ ص ٦١٢)•

(٣) وتبقى الثمرات والغلة ملكا لصاحب العين ، ولا يحرم هذا الامن حق الاستعمال لانه يتعارض مع الحق فى الحبس • وتعتبر العين وغلتها داخلة فى الضمان العام لدائنى المالك فيجوز ، كما قدمنا ، لاى دائن التنفيذ بحقه عليها ، بشرط الا يخل بالحق فى الحبس (بيدان وفواران فقـرة ٢٨٢ — الاستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤١٢ ص ٥٩٩ — ص ٦٠٠) •

الحابس الغلة للتنفيذ عليها ، فقد حقه فى حبسها كما رأيناه يفقد هـذا الحق اذا ما نفذ على العين .

ولكن اذا كانت الغلة معرضة للتلف ، جاز للحائز استئذان القاضى فى بيعها ويقوم ثمنها مقامها فيبقى حابسا له حتى يستوفى حقه (١).ولكن لا يتقدم فى هذا الثمن على سائر المدينين ، بل يقاسمونه فيه مقاسمة الغرماء اذا أراد التنفيذ عليه بحقه . ويتبين من ذلك أن هناك فرقا بين أن يبيع الحابس الثمرات استيفاء لحقه وفى هذه الحالة يقاسمه الدائنون مقاسمة الغرماء ، وبين أن يبيع الثمرات باذن من القاضى لأنها معرضة للتلف وفى هذه الحالة يبقى حابسا للثمن الذى يقـوم مقام الثمـرات ، فاذا ما نفذ على الثمن وهو محبوس فى يده زاحمه الغرماء (٢) .

المطلب الثـانى

علاقة حابس العـين بالغـير

٦٧٣ — **الدائنون العاديون** : رأينـا فيما قدمنـا أن ورثة المالك يحلون محله ولا يعتبرون من الغير ، فيسرى الحبس فى حقهم كما كان يسرى فى حق المالك مورثهم . أما الدائنـون العاديون للمـالك فهؤلاء يعتبرون من الغير ، ولكن مع ذلك يسرى الحبس فى حقهم أيضا كمـا يسرى فى حق المالك . فلو أن دائنا عاديا للمالك — أيا كان تاريخ دينه وسواء كان متأخرا عن تاريخ ثبوت الحق فى الحبس أو متقدما عـلى

---

(١) قياسا على بيع العين نفسها اذا تعرضت للتلف كما سيأتى (الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات فقرة ١٦٩) .

(٢) ويختلف المرتهن رهن حيازة ، بالنسبة الى الثمرات ، عن الحابس. فالمرتهن يستثمر العين المرهونة استثمارا كاملا ، وما يحصل عليه من صـافى الريع يخصم من الدين المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله ، على أن يكون الخصم أولا من قيمة ما أنفقه فى المحافظة على الشىء وفى الإصلاحات ، ثم من المصروفات والفوائد ، ثم من أصل الدين (م ١١٠٤ مدنى) .

هذا التاريخ (١) — أراد أن ينفذ بحقه على العين المحبوسة ، فبـاع العين جبرا فان الحائز يستبقى فى الحبس فى مواجهة هذا الدائن وفى مواجهة المشترى الراسى عليه المزاد — وهو أيضا يعتبر من الغير — الى أن يستوفى حقه كاملا (٢) • ولو كان الحكم غير ذلك لفقد الحـق فى الحبس أهميته ، اذ كان أى دائن للمالك يستطيع أن يبيع العين جبـرا فيفقد الحابس حقه فى الحبس •

هذا هو مبلغ نفاذ الحق فى الحبس فى مواجهـة الدائن العادى • وقد يؤدى ذلك من الناحية العملية ، كما قدمنـا ، الى أن يسـتوفى الحائز حقه كاملا قبل سائر الدائنين (٣) ، ولكن ليس للحائز من الناحية القانونية ، كما سبق القول ، أى امتياز على العين المحبوسة •

٦٧٤ — **الخلف الخاص** : وهو كل من انتقلت اليه ملكية العـين المحبوسة من المالك ، أو انتقل اليه منه حق عينى على العين المحبوسة • وذلك أن الحبس لا يعطل حق المـالك فى التصرف فى ملكـه فله أن يبيع العين وهى محبوسة فى يد الحائز ، ولـه أن يرتب عليهـا حـق رهن أو حق انتفاع أو حق ارتفاق أو غير ذلك من الحقوق العينية •

فاذا كانت العين المحبوسة عقارا ، فان المشترى من المالك والدائن المرتهن وصاحب حق الانتفاع أو حق الارتفاق أو غير ذلك من الحقوق العينية يجب عليهم أن يشهروا حقوقهم • فان كانوا قد شهروا حقوقهم

---

(١) حتى لو شهر افلاس المالك ومثل السنديك الدائنين فان الحق فى الحبس يكون نافذا فى مواجهة الدائنين والسنديك الذى يمثلهم (أنظـر المادة ٤٥٩ فقرة ٢ مدنى ، وهى تنص على حق البائع فى حبس المبيع ، ولو لم يحل الأجل المشترط لدفع الثمن اذا سقط حق المشترى فى الأجل بسبب شهر افلاسه أو اعساره • فالبائع هنا يحبس المبيع عن دائنى تفليسة المشـترى : الاستاذ سليمان مرقس فى التأمينات ص ٦٠١ هامش رقم ٢) •

(٢) استئناف مختـلط ٢٦ نوفمبر سـنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٣ — أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٦٣ — ص ١٦٤ •

(٣) قارن بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٨ ص ٦١٥ •

قبل أن يثبت للحائز الحق فى حبس العين ، لم يسر هـذا الحق فى مواجهتهم ، فان حقوقهم العينية على العين المحبوسة قد حفظت بالشهر قبل الحبس ، ولا يستطيع الحائز اذن أن يحبس عنهم العين (١) • وان كانوا قد شهروا حقوقهم بعد أن ثبت للحائز الحق فى حبس العين (٢) ، فان هذه الحقوق العينية لا تنفذ فى حق الحابس ، ويستطيع هذا أن يتمسك بحقه فى الحبس فى مواجهة المشترى أو الدائن أو أى صاحب حق عينى آخر • ولو قلنا بغير ذلك وبأن الحبس لا يسرى فى حق هؤلاء فى هذه الحالة ، لسهل على المالك أن يتهرب من الحبس ببيعه العين أو يترتب حق عينى عليها ، فيسقط الحبس فى حق من تصرف له المالك •

أما اذا كانت العين المحبوسة منقولا ، فان الحق فى الحبس فى حق من ترتبت لهم حقوق عينية بعد الحبس • ويسرى كذلك فى حق من ترتبت لهم حقوق عينية قبل الحبس اذا كان الحابس حسن النية

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن حق الحائز فى حبس العقار هو حق مقرر تنفيذا للحق فى الحبس الذى نصت عليه المادة ٢٤٦/ من القانون المدنى من أن لكل من التزم باداء شىء أن يمتنع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تامين كاف للوفاء بالتزامه هذا ، ثم فان للحائز أن يحتج بالحق فى حبس العقار فى مواجهة الغير ومن بينهم الخلف الخاص للبائع ، الا أن هذا الحق لا يسرى على من يشهر حقه من أصحاب الحقوق العينية قبل أن يثبت للحائز الحق فى حبس الشىء لان الحق فى الحبس لا يختلط بالحقوق العينية ولا يشاركها فى مقوماتها ولا يعطى لحائز الشىء الحق فى التتبع والتقدم : نقض مدنى فى ٣٠ مارس سنة ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ رقم ١٨٣ ص ٩٣٢ •

(٢) ولا يشترط أن يكون السند المنشىء للحق فى حبس العقار مسجلا (الاستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤١٨ ص ٦٠٨ — عكس ذلك : استئناف مصر ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣٠٨ ص ٦٣٨ — الاسكندرية الكلية الوطنية ٢٩ يناير سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٧٤ ص ٢٠٤) •

أى لا علم له بهذه الحقوق ، لأن الحبس يتضمن الحيازة والحيازة بحسن نية فى المنقول لها هذا الاثر كما هو معروف (١) ٠

بقى أن يكون سبب الحبس هو انفاق مصروفات على العين ٠ ففى هذه الحالة وحدها يسرى الحق فى الحبس على الخلف الخاص دائما ، سواء كانت العين المحبوسة منقولا أو عقارا ، وسواء كان حق الخلف الخاص قد شهر بعد ثبوت الحق فى الحبس أو قبل ذلك ان كانت العين عقارا ٠ ذلك أن نفاق المصروفات على العين قد أفادها فى ذاتها ، فأفاد تبعا لذلك كل من يطالب باستردادها ولو كان حقه ثابتا قبل انفاق هذه المصروفات ٠ ويصدق ذلك على المنقول ، حتى لو كان الحابس سىء النية (٢) ٠

---

(١) انظر فى هذا المعنى أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٦٣ — بودرى ودى‌لوان ١ فقرة ٢٤٩ ص ٢٣٩ — ص ٢٤٠ — بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٨ — الاستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٢١ — الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤٦ — وقارن جوسران ٢ فقرة ١٤٦٩ — انسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ (Rétention) فقرة ٧٦ ٠

وقارن أيضا الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات (فقرة ١٦٦) وهو يرى سريان الحق فى الحبس فى مواجهة الغير اطلاقا ، ولو كسبوا حقوقا شهروها قبل الحبس ٠ وقارن الاستاذ سليمان مرقس فى التأمينات (فقرة ٤١٨ — فقرة ٤٢٢) ويذهب الى أن الحق فى الحبس يحتج به على الغير اطلاقا ، ولا يستثنى الا حالة ما اذا كان فى الحبس متفرعا من رهن حيازى القيد عقار وبيع العقار جبرا ، فحينئذ لا يحتج بالحق فى الحبس على الراسى عليه المزاد ٠

(٢) انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٨ — الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤٦ ٠ وانظر انفا فقرة ٦٤٣ فى الهامش ٠

هذا وهناك « غير » لا يسرى عليه الحق فى الحبس ، وهو المالك للعين المحبوسة اذا لم يكن هو المدين للحابس ٠ فاذا باع شخص ملك غيره وقبض الثمن ، ثم أبطل المشترى المبيع ، فليس له أن يحبس المبيع حتى يسترد الثمن الا فى مواجهة البائع وهو المدين له برد الثمن ، ومن ثم لا يجوز للمشترى أن يحبس المبيع فى مواجهة المالك الحقيقى وهو غير مدين له بشىء (مصر الكلية الوطنية ٤ مايو سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٢٢٢ ص ٦٧٥ — وانظر انفا فقرة ٦٦٢ فى الهامش) ٠ كذلك ليس للمقاول من الباطن أن يحبس العين عن المالك بماله من حق فى ذمة المقاول الاصلى ، مادام المالك ليس مدينا لا للمقاول من الباطن ولا للمقاول الاصلى (استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٧١) ٠

المبحث الثـــانى

واجبات الحابس للعين

٦٧٥ — **واجبات ثلاثة** : رأينا أن الفقرة الثانية من المـــادة ٢٤٧ تقول : « وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقا لاحكام رهن الحيازة وعليه أن يقدم حسابا عن غلته » • فهناك اذن واجبان على الحابس : المحافظة على العين المحبوسة ، وتقديم حساب عن غلتها • يضاف الى هذين الواجبين واجب ثالث ، هو رد العين المحبوسة الى صاحبها عنـــد انقضاء الحق فى الحبس •

٦٧٦ — **المحافظة على العين المحبوسة** : يلتزم الحابس بالمحافظة على العين المحبوسة وفقا لأحكام رهن الحيازة • وأحكام رهن الحيازة فى هذه المسألة مبسوطة فى المادة ١١٠٣ ، وهى تنص عـــلى أنه « اذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون ، فعليه أن يبذل فى حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه مالم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبى لايد له فيه » • فالمرتهن حيازة ملتزم بالمحافظة على العين المرهونة ، والتزامه هذا هو التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق غاية • ومقدار العناية المطلوب منـــه أن يبذله فى المحافظة على العين المرهونة هو عناية الشخص المعتاد ، وهو كما نرى معيار موضوعى لا ذاتى • ثم أنه ملتزم برد العين المرهـــونة عند انقضاء الرهن ، والتزامه هذا — على النقيض من التزامه بالمحافظة على العين — هو التزام بتحقيق غاية لا التزام ببذل عناية • ومن ثم فهو مسئول ، اذا لم يرد العين المرهونة لهلاك أو لتلف ، عن التعويض ، ما لم يثبت أن الهلاك أو التلف يرجع الى سبب أجنبى [١] •

---

(١) انظر فى هذا المعنى الاستاذ ســـليمان مرقس فى التأمينات العينية ص ٤١٠ ـــ ص ٤١١ و ص ٦٠١ ، وفى عقد الايجـــار طبعة ثانية فقرة ٢١٤ وفقرة ٢١٩ وفقرة٢٢٣ الاستاذ اسماعيل غانم فى المرجع السابق فقرة ١١٢ — وقارن الاستاذ شفيق شحاته فى النظرية العامة للتامين العينى فقرة ١٥٣ — فقرة ١٥٤ •

والذى يعنينا هنا هو الالتزام بالمحافظة على العين لا الالتزام بالرد . فالحابس ، كما قدمنا ، يلتزم بالمحافظة على العين المحبوسة ، والتزامه هو التزام ببذل عناية ، هى عناية الرجل المعتاد . ومصدر هذا الالتزام هو القانون ، وقد رتب القانون الالتزام على واقعة مادية هى حبس العين (١) .

فاذا قصر الحابس عن بذل هذه العناية ، اعتبر هذا خطأ منه ، وتحققت مسئوليته التقصيرية ، وأصبح ملزما بالتعويض . ويعتبر مقصرا لو نزل عن عناية الرجل المعتاد ، حتى لو لم ينزل عن العناية التى يبذلها هو فى حفظ ماله . فلو كانت العين المحبوسة سيارة أو أو دارا ، وكان الحابس معروفا بالاهمال والتقصير ، وترك السيارة دون صيانة حتى أصيب بتلف فى بعض أجهزتها ، أو ترك الدار دون ترميم حتى تخرب بعض أجزائها ، كان مسئولا عن التعويض ، ولا يدفع عنه المسئولية أن يثبت أنه يفعل ذلك فيما هو مملوك له ويهمل هذا الاهمال فى صيانة سيارته أو داره . ذلك أن مقدار العناية المطلوب منه هو ، كما قدمنا ، عناية الرجل المعتاد لا عنايته الشخصية ، والرجل المعتاد لا يأتى مثل هذا الاهمال . فاذا بذل عناية الرجل المعتاد برئت ذمته من المسئولية ، حتى لو تعيبت العين المحبوسة فى يده ، وثبت أن الحابس يبذل فى المحافظة على ماله عناية أكبر من عناية الرجل المعتاد وأنه لو بذل مثل هذه العناية فى المحافظة على العين المحبوسة لما تعيبت ، فليس يطلب منه أكثر من عناية الرجل المعتاد ، ارتفعت هذه العناية أو نزلت

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بان استعمال الناقل حقه فى حبس الاشياء المنقولة أو بعضها استيفاء لاجرة النقل المستحقة له ، لا يعفيه من واجب المحافظة عليها فى فترة احتباسها بل عليه ان يبذل فى حفظها وصيانتها من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ويكون مسئولا عن هلاكها وتلفها ما لم يثبت ان ذلك يرجع لسبب أجنبى لا يد له فيه وهو ما تقضى به المادتان ٢/٢٤٧ و ١١٠٣ من القانون المدنى . (نقض مدنى فى ١٥ من ديسمبر سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ رقم ٢٧٨ ص ١٩٢٦) .

عن عنايته الشخصية بحفظ ماله (١) .

وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢٤٧ على اجراء خاص يتخذه الحابس ، وهو متفرع عن التزامه بالمحافظة على العين المحبوسة فقضت بأنه « اذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، فللحابس أن يحصل على اذن من القضاء فى بيعه وفقا للأحكام المنصوص عليها فى المادة ١١١٩ ، وينتقل الحق فى الحبس من الشيء الى ثمنه » (٢) . وهذا الاجراء فيه مصلحة مشتركة لكل من الحابس والمالك . فلو أن العين المحبوسة كانت مأكولا أو مشروبا مما يسرع اليه التلف ، فمن مصلحة الحابس محافظة على ضمانه أن يستأذن فى بيعها ، وكذلك من مصلحة المالك محافظة على ملكه أن يطلب بيعها . لذلك نرى — قياسا على ما جاء فى المادة ١١١٩ المشار اليها فى النص — أن لكل من الحائز والمالك أن يطلب بيع العين المحبوسة فى هذه الحالة، بل أن الحائز يجب عليه ، اذا أيقن أن العين تهلك أو تتلف لو احتفظ بها ، أن يبادر الى اتخاذ اجراءات البيع ، والا كان مقصرا فى المحافظة على الشيء ، فان هذا الاجراء هو ما يبادر اليه الرجل المعتاد فى المحافظة على ماله . وأكثر مما يتحقق ذلك فى المنقول ، فان العقار قل أن يخشى عليه الهلاك أو التلف . واجراءات البيع هى المذكورة فى المادة ١١١٩ ، فى رهن المنقول رهن حيازة اذا خيف على الشيء المرهون الهلاك أو التلف ، وتجرى هذه المادة على الوجه الآتى : « ١ — اذا كان الشيء المرهون مهددا بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى

---

(١) وعبء الاثبات يقع على عاتق المالك ، وهو الدائن فى هذا الالتزام ، فعليه ان يثبت ان العين قد تعيبت . فاذا ما اثبت ذلك ، فقد اقام قرينة قضائية على ان الحابس لم يقم بالتزامه من المحافظة على الشيء . فاذا اراد الحابس ان يدحض هذه القرينة ، فعليه ان يثبت انه بذل فى المحافظة على الشيء عناية الرجل المعتاد ، او ان التعيب يرجع الى سبب اجنبى لا يد له فيه . أنظر فى عبء اثبات الالتزام ببذل العناية : الوسيط الجزء الأول الطبعة الثالثة المجلد الاول فقرة ٤٢٩ ص ٨٩٨ .

(٢) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٤ .

أن يصبح غير كاف لضمان حق الدائن ، ولم يطلب الراهن رده اليه مقابل شيء آخر يقوم بدله ، جاز للدائن أو للراهن أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيعه بالمزاد العلني أو بسعره في البورصة أو السوق • ٢ ــ ويفصل القاضي في أمر ايداع الثمن عند الترخيص في البيع ، وينتقل حق الدائن في هذه الحالة من الشيء الى ثمنه » • والاذن يكون أمرا على عريضة تتبع فيه الاجراءات المقررة في مثل هذه الأوامر • ويكون البيع ، كما تقرر المادة ١١١٩ ، بالمزاد العلني وفقا للاجراءات المقررة في البيوع الجبرية ، فاذا كان العين سعر معروف في البورصة أو الأسواق التجارية بيع بهذا السعر دون حاجة الى اجراءات المزاد العلني • ولا يعتبر طلب الحابس بيع العين في هذه الحالة تنفيذا على العين ، والا لفقد حقه في الحبس كما قدمنا •وانما يعتبر هذا الاجراء اجراء ضروريا للمحافظة على العين من الهلاك أو التلف ، فلا يفقد الحابس حقه في الحبس ، ولكن ينتقل هذا الحق من الشيء الى ثمنه كما تقول كل من المادتين ٢٤٧ و ١١١٩ • وهذا معناه أن الثمن يحل حلولا عينيا محل العين المحبوسة ، وهذه حالة من حالات الحلول العيني نص عليها القانون (١)• ويعين القاضي الجهة التي يودع فيها الثمن ، فقد تكون خزانة المحكمة ، وقد تكون جهة الحابس نفسه ، وقد يودع الثمن عند أمين (٢) •

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بان للحابس اذا خشي على الشيء المحبوس من الهلاك أو التلف ، ان يحصل على اذن من القضاء في بيعه طبقا لنص المادة ١١١٩ من القانون المدني وينتقل حينئذ الحق في الحبس من الشيء الى ثمنه (نقض مدني في ١٥ من ديسمبر سنة ١٩٦٦ ــ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ رقم ٢٧٨ ص ١٩٢٦) •

(٢) وهناك واجب اخر على الحابس يتفرع من أنه يعتبر هو ، لا المالك ، الحارس للعين المحبوسة ، اذ يترتب على ذلك انه يكون مسئولا عما تحدثه العين من الضرر للغير مسئولية الحارس عن الاشياء (دريدا في أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ (Rétention) فقرة ٦١ ص ٧٠٨ ــ الاستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤٥ ص ٢٠٢ •

٦٧٧ — تقديم الحساب عن الغلة : في رهن الحيازة يلتزم المرتهن باستغلال العين المرهونة استغلالا كاملا ، ثم يخصم الغلة من الدين ، وقد نصت المادة ١١٠٤ من التقنين المدني في هذا الصدد على ما يأتي : « ١ — ليس للدائن أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل • ٢ — وعليه أن يستثمره استثمارا كاملا ما لم يتفق على غير ذلك • ٣ — وما حصل عليه الدائن من صافي الريع وما استفاده من استعمال الشيء يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله ، على أن يكون الخصم أولا من قيمة ما أنفقه في المحافظة على الشيء وفي الاصلاحات ، ثم من المصروفات ، ثم من أصل الدين » •

وقد رأينا أن الحابس ، خلافا للدائن المرتهن رهن حيازة ، ليس له أن يستولي على الثمرات يخصمها من الدين ، بل كل ما له هو أن يحبسها مع العين حتى يستوفي حقه ، وقد يبيعها اذا كان يخشى عليها الهلاك أو التلف ويحبس الثمن كما سبق القول • وكما أن الحابس ليس له أن يتملك الثمرات خصما من الدين ، كذلك ليس عليه ، خلافا للدائن المرتهن رهن حيازة ، التزام باستغلال العين المحبوسة • وقد كان المشروع التمهيدي لنص المادة ٢٤٧ يجري على الوجه الآتي : « •• وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وأن يقدم حسابا عن غلته وفقا للأحكام التي تسري في حق الدائن المرتهن حيازة » • وفي لجنة المراجعة لوحظ أن النص على هذا النحو يقرر التزاما في ذمة الحابس باستغلال العين استغلالا كاملا على الوجه المقرر في شأن الدائن المرتهن رهن حيازة ، ورؤى أنه يحسن عدم تقرير هذا الالتزام ، فعدل النص على الوجه الآتي : « وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقا لأحكام رهن الحيازة ، وعليه أن يقدم حسابا عن غلته (١) » • فلم يرتب النص

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٣ — ص ٦٥٥ — وانظر انفا في تاريخ نص المادة ٢٤٧ ما قدمناه في فقرة ٦٦٨ في الهامش •

فى شأن الغلة الا التزاما بتقديم الحساب ، ولم يجعله خاضعا لأحكام رهن الحيازة كما جعل التزام المحافظة على الشىء لئلا يكون هناك التزام فى ذمة الحابس باستغلال العين المحبوسة .

ولكن الالتزام بتقديم الحساب عن الغلة يقتضى بطبيعة الحال أن يقبض الحابس هذه الغلة ويحبسها ، ثم يقدم حسابا عنها للمالك(١). فالعين اذا كانت بطبيعتها تنتج غلة كأرض تزرع أو دار تسكن أو أوراق مالية تنتج أرباحا ، فعلى الحابس أن يستمر فى زراعة الأرض ، وسكنى الدار أو ايجارها ، وقبض أرباح الأوراق المالية ، وما الى ذلك . وله أن يحبس هذه الغلة حبسه للعين ذاتها ، وعليه أن يقدم حسابا عن الغلة الى المالك عند انقضاء الحق فى الحبس ، فيرد له العين وغلتها . أما اذا كانت العين لا تنتج بطبيعتها غلة ، كسيارة أو ساعة أو أثاث أو نحو ذلك ، فلا يلتزم الحابس باستغلالها ، بل يبقيها عنده دون استغلال مع المحافظة عليها وصيانتها على النحو الذى قدمناه (٢) .

٦٧٨ — رد العين المحبوسة : ويلتزم الحابس أخيرا برد العين المحبوسة للمالك عند انقضاء الحق فى الحبس . وهذا الالتزام يختلف مصدره باختلاف العلاقة السابقة فيما بين الحابس والمالك . فقد يكون مصدره العقد ، كما فى حبس البائع للمبيع حتى يستوفى الثمن ، فاذا ما استوفاه انقضى حقه فى الحبس ووجب عليه تسليم المبيع الى المشترى ، ومصدر الالتزام بالتسليم هو عقد البيع . وقد يكون مصدره غير العقد ، كما اذا حاز شخص أرضا مملوكة للغير وبنى عليها أو غرس ، ثم حبسها حتى يستوفى حقه فى التعويض ، فهو بعد استيفائه

---

(١) نقض مدنى ٤ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٣ ص ٢٢٤ .

(٢) قارن الاستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤١٣ ص ٦٠١ — الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات فقرة ١٦٩ ص ٢٥٦ — الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤٥ ص ٢٠٢ .

حقه ملزم برد الأرض الى صاحبها ؛ ومصدر الالتزام هنا هو الاثراء بلا سبب • وأيا كانت علاقة المالك بالحابس ، فان المالك يستطيع دائما ، باعتباره مالكا ، أن يرفع على الحابس بعد انقضــاء الحــق فى الحبس دعوى عينية باستحقاق العين •

ونرى من ذلك أن التزام الحابس برد العين بعد انقضاء الحــق فى الحبس لا يرجع الى الحبس ذاته ، فالحبس مجردا واقعة ماديــة لا ترتب التزاما على الحابس برد العين الى صاحبها • ولكن اذا انقضى الحبس ، فقد زال المانع الذى كان يحول دون الرد ، فيعود الالتــزام بالرد فى ذمة الحابس وفقا للعلاقة القانونية التى كانت تربطه بالدائن قبل الحبس •

ومن هنا نتبين الفرق بين الحبس ورهن الحيــازة • ففى رهــن الحيازة يلتزم الدائن المرتهن برد العين المرهونة بموجب عقد الرهــن ذاته ، ويكون مسئولا عن الهلاك والتلف الا اذا أثبت السبب الأجنبى ، فالالتزام بالرد التزام بتحقيق غاية مصدره العقد • أما الحابس فيرجع التزامه بالرد الى العلاقة التى كانت بينه وبين المالك قبل الحبس كما سبق القول ، وهذه العلاقة هى التى تحدد مدى الالتزام بالرد ، ومن يحمل تبعة الهلاك وما الى ذلك ، ومن ثم لا يكون هناك محل لتطبيــق أحكام رهن الحيازة فى التزام الحابس بالرد (١) •

الفــــرع الثــالث

انقضـــاء الحــق فى الحبس

٦٧٩ — **النصوص القانونية** : تنص المادة ٢٤٨ من التقنين المدنى عــلى ما يأتى :

---

(١) قارن الاستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤١٣ ص ٦٠٢ — الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات فقرة ١٦٩ ص ٢٥٦ .

« ١ ـ ينقضى الحق فى الحبس بخروج الشىء من يد حـائزه أو محـرزه » .

« ٢ ـ ومع ذلك يجوز لحابس الشىء اذا خرج الشىء من يـده خفية أو بالرغم من معارضته ، أن يطلب استرداده ، اذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوما من الوقت الذى علم فيه بخروج الشىء مـن يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه (١) » .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكـم ليس الا تطبيقا للقواعد العامة ، والذى زاده نص التقنين الجديد أنه نظام المواعيد التى يجوز استرداد الحيازة فيها (٢) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الاخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٤٩ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢٨٤ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٥١ ، وفى تقنين الموجبات والعقـود اللبنانى المادة ٢٧٣ ، وفى التتقنين المدنى الكويتى المـادة ٣٢٢ ، وفى التقنين المدنى الاردنى المادة ٣٩٢ (٣) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٣٣٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ ـ ينقضى الحق فى الحبس بفقد الحيازة . ٢ ـ ومع ذلك يجوز لحابس الشىء اذا خرج الشىء من حيـازته خفية او بالرغم من معارضته ، أن يطلب استرداد الحيازة ، اذا هو قام بهذا الطلب فى خـلال ثلاثين يوما من الوقت الذى علم فيه بخـروج الشىء من حيازته » . وفى لجنة المراجعة استبدلت عبارة « بخروج الشىء من يد حائزه أو محـرزه » بعبارة « بفقد الحيازة » حتى يكون النص أدق تعبيرا عن المعنى ، ووضع حـد زمنى ينقضى حق الحبس بانقضائه ولو لم يعلم الحابس بخروج الشىء من يده لوضع حد للمنازعات ، وحدد الاجل بسنة . فأصبح النص مطابقا لما استقر عليه فى التقنين الجديد ، وصار رقمه ٢٦٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٤٨ (مجموعة الاعمال التحضـيرية ٢ ص ٦٥٦ ـ ص ٦٥٧) .

(٢) والعبرة فى تطبيق هـذه المواعيـد بالوقت الذى خرج فيه الشىء المحبوس من يد الحابس ، فان كان ذلك قبـل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فالتقنين السابق هو الذى يطبق ، والا طبق التقنين الجديد بمواعيده المستحدثة .

(٣) التقنينات المدنية العربية الاخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٤٩ (مطابقة لنص التقنين المدنى المصرى) .

=

ويعرض النص لأحد أسباب انقضاء الحق في الحبس ، وهو خروج العين من يد الحابس ، لتنظيمه تنظيما خاصا . واذا استعرضنا جميع أسباب الانقضاء ، أمكن تقسيمها الى قسمين : انقضاء الحق في الحبس بطريق تبعي ، وانقضائه بطريق أصلي .

المبحث الأول

انقضاء الحق في الحبس بطريق تبعي

٦٨٠ ــ انقضاء الحق في الحبس بانقضاء الحق المضمون به : الحق في الحبس انما شرع لتأمين حق للحابس في ذمة مالك العين المحبوسة . فاذا انقضى حق الحابس في ذمة المالك ، انقضى الحق في الحبس تبعا لذلك . وهذا هو الانقضاء بطريق تبعي . مثل ذلك أن يستوفي الحابس المصروفات التي أنفقها على العين المحبوسة ، فلا يعود

= **التقنين المدني العراقي** م ٢٨٤ (مطابقة لنص التقنين المدني المصري . وانظر في شرح النص الدكتور حسن علي الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١١٥) .

التقنين المدني الليبي م ٢٥١ (مطابقة لنص التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م٢٧٣ :«ان حق الحبس يزول بزوال الاحراز لأنه مبني عليه . وانما يحق للدائن اذا انتزع منه الشيء خفية أو بالعنف ان يطلب اعادة الحال الى ما كانت عليه بشرط أن يقدم هذا الطلب في خلال ثلاثين يوما تبتدىء من تاريخ علمه بذاك الانتزاع » .

(وهذا النص مطابق في الحكم لنص التقنين المدني المصري فيما عدا ميعاد السنة الذي لم يرد في نص التقنين اللبناني ، ويذهب الدكتور صبحي المحمصاني الى أن هذا الميعاد هو أيضا موافق للمبدأ الوارد فيقانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٤٨ من أنه لا تقبل الدعوى التصرفية الا في خلال سنة تبتدىء من تاريخ وقوع التعرض لحق التصرف : أحكام الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٥٠) .

التقنين المدني الكويتي م ٣٢٢ : مطابقة لنص التقنين المدني المصري .

التقنين المدني الاردني م ٣٩٢ : مطابقة لنص التقنين المدني المصري .

هناك محل لبقاء العين محبوسة فى يده ، ويجب أن يردها للمالك (١) .

وينقضى حق الحابس فى ذمة المالك بأى سبب من أسباب انقضاء الالتزام . فقد ينقضى بالوفاء ، وهذا هو السبب الغالب المألوف . وينقضى أيضا بما يقوم مقام الوفاء ، كالتجديد والمقاصة واتحاد الذمة . وينقضى أخيرا من غير وفاء أصلا ، كما اذا أبرأ الحابس المالك أو سقط الحق من جراء استحالة تنفيذه لسبب أجنبى .

فاذا انقضى حق الحابس فى ذمة المالك بالوفاء أو بغيره ، لم يزل الحق فى الحبس الا اذا انقضى الحق كله . أما اذا بقى جزء منه ، فان العين تبقى محبوسة فى هذا الباقى (٢) . وقد قدمنا أن الحق فى الحبس غير قابل للتجزئة (٣) .

٦٨١ ـ عدم الانقضاء بالتقادم : ويلاحظ أن الحق الذى للحابس فى ذمة المالك ، ما دامت العين محبوسة فى هذا الحق ، لا يتقادم ، اذ حبس العين يمنع من تقادمه . والحق فى الحبس

---

(١) وقد رأينا (انظر فقرة ٦٧٠ فى الهامش) أن الحق فى الحبس لا ينقضى بايداع المبلغ المستحق للحابس خزانة المحكمة (استئناف مختلط ١٥ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٠٠) ، وأنه (أنظر فقرة ٦٤٢ فى الهامش) اذا كان المبلغ المستحق للحابس لم يتم تقديره جاز للمحكمة أن تأمر المدين بأن يودع خزانة المحكمة مبلغا كافيا ، ويقوم الايداع فى هذه الحالة مقام الوفاء من حيث انهاء الحق فى الحبس (استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ ـ ١٩ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٥٢) . ومن ثم يجوز تقدير أتعاب الحارس القضائى مؤقتا وايداعها خزانة المحكمة ، فينقضى بذلك حق الحارس فى حبس الاعيان . وهذا ما لم تكن هذه الاعيان قد وضعت تحت الحراسة باجراءات غير قانونية ، كما لو أدرجت أعيان موقوفة خطأ ضمن الاعيان الموضوعة تحت الحراسة ، فلا يكون للحارس القضائى حق حبس بالنسبة الى الاعيان الموقوفة التى أدرجت خطأ (استئناف مختلط ١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ١٣) .

(٢) انظر انفا فقرة ٦٤٤ وفقرة ٦٧٠ .

(٣) انظر انفا فقرة ٦٧٠ . وانظر فى انقضاء الحق فى الحبس بطريق تبعى الدكتور صلاح الدين الناهى فى الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ٢٢٧ ـ فقرة ٢٣٦ .

نفسه لا يزول بالتقادم ، لأن الحبس حالة مادية مستمرة لا يتصور فيها التقادم . ومن ثم لا يمكن انقضاء الحق فى الحبس بالتقادم ، لا بتقادمه هو ولا بتقادم الحق المضمون به (١) .

المبحث الثانى

انقضاء الحق فى الحبس بطريق أصلى

٦٨٢ – أسباب الانقضاء بطريق أصلى : وقد ينقضى الحق فى الحبس وحده – دون الحق المضمون به – بطريق أصلى . ويتحقق ذلك فى الأحوال الآتية :

(أولا) تقديم تأمين كاف للوفاء بالحق المضمون بالحبس (م ٢٤٦ فقرة أولى مدنى) .

(ثانيا) هلاك العين المحبوسة .

(ثالثا) عدم قيام الحابس بالتزامه من المحافظة على العين المحبوسة .

(رابعا) نزول الحابس عن حقه فى الحبس ، وأكثر ما يكون ذلك بخروج العين من يد الحابس طوعا وهذه هى الحالة التى عرضت لها المادة ٢٤٨ من التقنين المدنى .

٦٨٣ – تقديم تأمين كاف للوفاء بالحق المضمون بالحبس : هذا السبب لانقضاء الحق فى الحبس بطريق أصلى منصوص عليه صراحة فى آخر الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ من التقنين المدنى ، فقد جاء فى هذا النص أن الحبس يكون جائزا « ما دام الدائن (أى مالك

---

(١) ديرانتون ١٨ فقرة ٥٥٣ – جيللورا فى حق الحبس فقرة ١٢٢ – بودري وتيسييه فقرة ٥٣٠ – بودرى ودىلوان ١ فقرة ٢٥٠ – الاستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤٢٤ – الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات فقرة ١٧١ .

العين) لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هـذا » • وذلك أن الغرض من الحق فى الحبس هو تأمين الحابس على حقه فى ذمة المالك ، فاذا استطاع المالك أن يقدم له تأمينا آخر كافيا ــ كفالة أو رهنا أو نحو ذلك (١) ــ لم يعد هنـاك مقتض للاسـتمرار فى حبس العين • والقاضى هو الذى يبت فيما اذا كان التأمين الذى يقدمه المالك كافيا ، عند الخلاف فى ذلك (٢) •

وقد وردت تطبيقات تشريعية لهذا السبب من الانقضاء • مـن ذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٦٠٥ من التقنين المدنى ، فى صدد حق المستأجر فى حبس العين المؤجرة حتى يسـتوفى التعـويض المستحق له عند بيع العين ، من أن المستأجر لا يجبر « عـلى الاخلاء الا بعد ان يتقاضى التعويض من المؤجر أو ممن انتقلت اليه الملكيـة نيابة عن المؤجر ، أو بعد أن يحصـل على تأمـين كاف للوفاء بهـذا التعويض » • ومن ذلك أيضا ما نصت عليه المادة ٩٨٢ ، فى صـدد جواز تقسيط ما يترتب فى ذمة المالك للحائز بسبب المصروفات ، من أن للقاضى « أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقـديم الضمانات اللازمة » • ومن ذلك أخيرا ما نصت عليه الفقرة الثانية من

---

(١) والتقنين المدنى الالمانى (م ٢٧٣) يسـتبعد الكفالة ، ويستبعد (م ٣٢٠) فى الدفع بعدم تنفيذ العقـد تقديم أى تأمين ولو كان تأمينا عينيا • ويذهب الدكتور صلاح الدين الناهى الى أن سكوت المشرع المصرى عن جواز تقديم تأمين فى الدفع بعدم تنفيذ العقد وتصريحه بهذا الجـواز فى الحق فى الحبس كان متعمدا ، فلايجوز فى الاول ما يجـوز فى الثانى • ذلك أن الدفع بعدم تنفيذ العقد يقوم على ارتباط سببى بين الالتزامين ، فكل من الطرفين لم يلتزم الا للحصول على عين ما التزم به الطرف الآخر ، فلايجوز اجباره على تنفيذ التزامه الا اذا تحقق سببه بأن قام المتعاقد الآخر بالتنفيذ فعلا ، على عكس الحال فى صور الحبس الاخرى حيث لا توجد علاقة سببية بين الالتزامين (الدكتور صلاح الدين الناهى فى الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ١٤٥ ــ سالى فى الالتزامات فى القانون الالمانى فقرة ١٧١ ــ الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ٢٠٠ هامش رقم ٢ ــ قارن بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٤٥ ص ٦٠١ هامش رقم ٣) •

(٢) الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات فقرة ١٧٢ ص ٢٥٨ ــ الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٠٢ ص ٢٣٢ •

المادة ٤٥٧ ، فى صدد حق المشترى فى حبس الثمن ، من أنه « اذا تعرض أحد للمشترى مستندا الى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، أو اذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشترى ، جاز له ما لم يمنعه شرط فى العقد أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا » .

على أن هناك حالة من حالات الحبس صرح المشرع استثناء بعدم جواز انقضاء الحق فى الحبس فيها بتقديم تأمين يحل محل الحبس ، وهذه هى حالة حبس البائع للمبيع حتى يستوفى الثمن . فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٥٩ من التقنين المدنى على أنه « اذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع فى الحال ، فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له ، ولو قدم المشترى رهنا أو كفالة ، هذا ما لم يمنح البائع المشترى أجلا بعد البيع » . ففى هذه الحالة وحدها لا ينقضى الحق فى الحبس بتقديم تأمين كاف ، وهذا استثناء من القاعدة العامة التى بسطناها ورد بصريح النص ، ويبرره أن البائع ليس فى حاجة الى تأمين فان له حق امتياز على المبيع ، وانما هو فى حاجة الى حبس المبيع بالذات للضغط على المشترى حتى يوفى له الثمن ، كما سبق القول (١) .

٦٨٤ — هلاك العين المحبوسة : واذا هلكت العين المحبوسة ، انقضى الحق فى الحبس بداهة لانعدام المحل . والهلاك اما أن يكون بخطأ الحابس ، وفى هذه الحالة يكون مسئولا عن التعويض ، وأما أن يكون لسبب أجنبى عن فعل الحابس ، وفى هذه الحالة تهلك العين على

---

(١) انظر آنفا فقرة ٦٤٧ .

مالكها حتى لو كان الحابس ملتزما بموجب عقد أن يسلمها للمالك • وقد طبقت المادة ٤٦٠ من التقنين المدنى هذا الحكم فنصت على أنه « اذا هلك المبيع فى يد البائع وهو حابس له ، كان الهلاك على المشترى ، مالم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع (١) » •

واذا هلكت العين فاستحق عنها تعويض أو مبلغ تأمين : ففى رأينا أن التعويض أو مبلغ التأمين يحل محل العين ، ويكون للدائن حبسه محل العين التى هلكت ، قياسا على حالة بيع العين اذا خيف عليها الهلاك أو التلف وحبس الثمن • وتكون هذه حالة من حالات الحلول العينى لم يرد فيها نص صريح ، وقد رأينا حالة مماثلة فى بيع الثمرات التى يخشى عليها التلف وحبس ثمنها (٢) • ومن الفقهاء من يذهب الى أن الحلول

---

(١) وليس للدائن الحابس أن يطلب من المدين ان يستبدل بالشىء الذى هلك غيره ، كما يجوز ذلك للدائن المرتهن رهنا رسميا أو رهن حيازة (انظر م١٠٤٨ و ١١٠٢ مدنى) . فالرهن فى هذا يختلف عن الحبس . ذلك ان فى الرهن قد التزم الراهن بتقديم ضمان تأمينا لدينه ، فاذا هلك الضمان الذى تدمه التزم بتقديم ضمان اخر ، والا جاز للدائن مطالبته بوفاء الدين فورا . أما فى الحبس فلم يتعهد مالك الشىء المحبوس بتقديم ضمان ، بل انه وجد ماله محبوسا عنه دون ارادته وبقوة القانون ، فحسبه أن يتحمل هلاك هذا الشىء ولا محل لالزامه بتقديم شىء اخر بدلا منه . على أنه لافائدة من الزامه بذلك . فان جزاء الاخلال بهذا الالتزام لو تقرر لن يكون الا حلول الدين المضمون بالحبس فورا ، وهذا الدين حال بحكم قواعد الحبس كما سبق القول (الاستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤٢٥) .

(٢) أنظر فى هذا المعنى بنكاز تكملة بودرى ٣ فقرة ٣٦٩ ص ٧٥٦ ـ الدكتور منصور مصطفى منصور فى رسالته فى الحلول العينى فقرة ١٤٤ ـ فقرة ١٤٥ ص ١٨٠ ـ ص ١٨٤ ـ الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات فقرة ١٧٢ ص ٢٥٩ ـ الاستاذ صلاح الدين الناهى فى الامتناع المشروع عن الوفاء ص ١٩٠ هامش رقم ٣ ـ الاستاذ حسن على الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١١٥ ـ الاستاذ أنور سلطان فى البيع فقرة ٢٠٢ . وقارن الموجز للمؤلف فقرة ٢٦٨ ص ٣٩٨ ـ بيد انه يلاحظ أن الحلول العينى لا يستقيم مع الاعتبارات التى يقوم عليها الحق فى الحبس ، فالحق فى الحبس يقوم على حيازة الشىء أو احرازه ، وهو يخول للدائن أن يمتنع عن تنفيذ التزامه بأداء الشىء بشرط أن توجد رابطة بين التزامه هذا وما هو مستحق له . فالمشرع اذ قرر الحق فى الحبس قد اراد تنظيم وسيلة طبيعية لحمل المدين على تنفيذ التزامه توامها وجوب تنفيذ الالتزامات بحسن نية بحيث لا يجوز للمدين ان يطالب دائنيه بما له قبل أن يوفى بما عليه . وبهلاك الشىء تنهار هذه الاعتبارات جميعا . =

العيني لايكون الا بنص ، ومن ثم لايجوز للدائن أن يحبس التعويض أو مبلغ التأمين بدلا من العين التي هلكت (١) .

أما بيع العين المحبوسة فيختلف في الحكم عن هلاكها . ذلك أن البيع ان اقتضته الضرورة لان العين يخشى عليها الهلاك أو التلف ، فقد قدمنا أن الحق في الحبس لاينقضي ، بل ينتقل من العين الى الثمن . وان أوقع البيع أحد الدائنين غير الدائن الحابس تنفيذا على العين ، فان

= راجع الاستاذ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ٢٣٢ — قارن حكم النقض الصادر في ١٥ من ديسمبر سنة ١٩٦٦ — مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ رقم ٢٧٨ ص ١٩٢٦ .

(١) كما جاز له حبس الثمن في حالة بيع العين المحبوسة اذا خيف عليها الهلاك أو التلف بموجب المادة ٢٤٧ فقرة ثالثة مدني ، وكما جاز انتقال الرهن من الشيء المرهون اذا هلك أو تلف الى التعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذي يقرر مقابل نزع الملكية بموجب المادتين ١٠٤٩ و١١٠٢ مدني . انظر في هذا المعنى بيكار وبيسون في التأمينات البرية ٢ فقرة ١٨٧ ص ٤٣١ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٢٨٧ — دريدا في انسيكلوبيدي داللوز ٤ لفظ (Rétention) فقرة ٩٠ ص ٧١٠ — الاستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤٢٥ ص٦١٥ — الاستاذ اسماعيل غانم في رسالته في نظرية الذمة فقرة ٥٠٥ ص ١٥٠ — ص ١٥٤ وفي دروسه في الحقوق العينية الاصلية ص ٥٢ — ص ٥٤ .

وفي رأينا أن الحلول العيني مبدأ عام ، وليست النصوص التشريعية الا مجرد تطبيقات له ، فلا حاجة الى نص خاص لكل حالة من حالاته . ويقوم المبدأ على فكرة التخصيص (affectation spéciale) ، فالعين المحبوسة قد خصصها القانون لضمان دين ، فما يحل محلها من مقابل يتخصص هو أيضا لهذا الضمان . وقد طبقت هذه الفكرة فعلا في حالة بيع العين المحبوسة اذا خشي عليها الهلاك أو التلف ، وفي حالة هلاك الرهن أو تلفه ، وذلك بموجب نصوص تشريعية . وطبقناها ، دون نص ، في حالة بيع ثمرات العين المحبوسة اذا خشي عليها الهلاك أو التلف . وتطبقها الآن ، دون نص أيضا ، في حالة هلاك العين المحبوسة أو تلفها وحلول التعويض أو مبلغ التأمين محلها . أما القول بأن الحق في الحبس يقوم على حيازة العين المحبوسة ذاتها ، فانه لا يحول دون تطبيق هذا المبدأ ، وليس هناك ما يمنع من أن الحيازة تقع على ما يحل محل العين المحبوسة ، فيعتبر هذا بمثابة وقوع الحيازة على العين ذاتها . واذا كان المشرع قد رأى حاجة الى الحلول العيني لمجرد أن يخشى على العين المحبوسة من الهلاك أو التلف ، فأجاز أن يحل الثمن محل العين في حق الحبس ، فأولى أن تكون الحاجة قائمة الى الحلول العيني اذا هلكت العين فعلا أو تلفت وحل محلها التعويض أو مبلغ التأمين .

رسو المزاد لايقضى الحق فى الحبس كما أسلفنا القول (١) • أما اذا أوقع البيع الدائن الحابس نفسه تنفيذا على العين ، فان هذا يعتبر نزولا منه عن حقه فى الحبس ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك •

٦٨٥ ـ اخلال الحابس بالتزامه بالمحافظة على العين : قدمنا أن الحابس يلتزم بالمحافظة على العين ، وعليه أن يبذل فى ذلك عناية الرجل المعتاد • فاذا أخل بهذا الالتزام اخلالا خطيرا ، جاز للمالك أن يطلب من القضاء اسقاط حقه فى الحبس لتعسفه فى استعمال هذا الحق • وليس فى هذا الا تطبيق للقواعد العامة (٢) •

٦٨٦ ـ نزول الحابس عن حقه فى الحبس ـ خروج العين طوعا من يده : وقد ينزل الحابس عن حقه فى الحبس قبل أن يستوفى ما له فى ذمة المالك ، فيزول هذا الحق بطريق أصلى (٣) • وأكثر مما يتحقق ذلك بأن يتخلى الحابس عن حيازة العين المحبوسة طوعا (٤) • فاذا

---

(١) ولكن اذا كان الحق فى الحبس متفرعا عن رهن حيازة عقارى ، وكان الرهن مقيدا ، ثم بيع العقار المحبوس بيعا جبريا ، فان الحق فى الحبس ينقضى فى هذه الحالة تبعا لتطهير العقار بالبيع الجبرى ، وينتقل حق الرهن بمرتبته الى ثمن العقار المنزوعة ملكيته (الاستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤٢٥ ص ٦١٧) •

(٢) بودرى ودى لوان ١ فقرة ٢٥٠ مكررة ـ الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤٢٥ ص ٦١٧ •

(٣) وقد قضت محكمة النقض بانه اذا كانت الطاعنة لم تتمسك أمام محكمة الموضوع بحقها فى حبس التأمين ـ المدفوع لها من العامل بمقتضى عقد العمل ـ تبعا للرهن الحيازى المقرر لها عليه حتى تبرأ ذمة المطعون ضده العامل من المسحوبات . فأن هذا الدفاع يكون سببا جديدا لايجوز ابداؤه لاول مرة أمام محكمة النقض لما يخالطه من واقع كان يجب عرضه على محكمة الموضوع : نقض مدنى فى ٣ مارس سنة ١٩٧٣ مجموعة احكام النقض السنة ٢٤ رقم ٦٧ ص ٣٧٢ •

(٤) وقد قضت محكمة استئناف مصر بانه ليس للبائع الذى خرجت من تحت يده العين المبيعة برضائه وتسلمها المشترى فعلا أن يطلب بعد ذلك استردادها وحبسها تحت يده ، لأن البائع يعتبر قد نزل باختياره عن حق حبس العين بتسليمها للمشترى قبل أن يقوم بدفع الثمن (٢٧ ديسمبر =

خرجت الحيازة من يده على هذا الوجه زال حقه فى الحبس ، ولايستطيع أن يسترد حيازة العين بعد ذلك (١) • ويتحقق ذلك فى صورة عملية بأن ينفذ الحابس على العين المحبوسة بحقه ، فيتخذ اجراءات البيع الجبرى ، ويجب عليه فى هذه الحالة عند رسو المزاد على مشتر أن يسلمه العين ، لان فى التنفيذ عليها من جانبه نزولا ضمنيا منه عن حقه فى الحبس (٢) ، وقد تقدمت الاشارة الى ذلك (٣) •

= سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ١٧١ ص ٤٥٧ — أنظر أيضا : مصر الكلية الوطنية ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٨٠ ص ٤٧٠) .

على أن انقضاء الحبس بخروج العين المحبوسة طوعا من يد الحابس انما يرجع الى أن الحق فى الحبس يقوم على اساس حيازة الشيء المحبوس ، فينقضى بانقضاء الحيازة طوعا ولو لم تنصرف ارادة الحابس الى النزول عن الحق فى الحبس • ومن ثم ينقضى الحق فى الحبس ولو كان الدائن عند التخلى قد اعلن صراحة أنه يريد نقل حقه فى الحبس من الشيء الى ثمنه (دريدا فى أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ (Rétention) فقرة ٨٥ ص ٧١٠ — الاستاذ اسماعيل غانم فى احكام الالتزام فقرة ١٣٥ ص ١٨٥) .

(١) ويعتبر مجرد خروج الشيء من يد حائزه أو محرزه قرينة على حصوله برضاه ، الى أن يثبت الحائز أو المحرز عكس ذلك (الاستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤٢٥ ص ٦١٥ — ص ٦١٦) . وقضت محكمة النقض بأن التخلى الاختيارى المسقط لحق الحبس واقعة مادية لمحكمة الموضوع أن تستخلصها من ظروف الدعوى وملابساتها ومن المستندات المقدمة اليها . فاذا كانت القرائن التى استند اليها الحكم من شأنها أن تؤدى الى النتيجة التى انتهى اليها ، فان النعى عليه بمخالفة القانون يكون على غير أساس (نقض مدنى ٩ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢٤ ص ٨٦٥) .

وقد قضت محكمة النقض بان حق الحبس مما يجوز التنازل عنه صراحة أو ضمنا ومتى تم هذا التنازل فانه لايجوز العدول عنه بعد ذلك . (نقض مدنى فى ١٦ من مايو سنة ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ١٤٣ ص ٩٦٢) .

(٢) استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٣ — الاستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤٢٥ ص ٦١٦ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا لم يتمسك الطاعن امام محكمة الاستئناف بحقه فى حبس اطيان التركة موضوع النزاع حتى تتم تصفية التركة أو حتى يستوفى ما دفعه عن الورثة من الديون ، فانه لايقبل منه اثارته لاول مرة أمام محكمة النقض . (نقض مدنى فى ٢٣ من يناير سنة ١٩٦٩ — مجموعة احكام النقض السنة ٢٠ رقم ٢٦ ص ١٥٥) . =

واذا كان خروج الشيء من يد الحابس طوعا يستخلص منه نزول ضمنى عن حقه فى الحبس ، فان خروج الشيء من يده خفية أو عنـوة أو بالرغم من معارضته لايمكن أن يفهم منه أنه نزل عن هذا الحـق . فاذا اختلس المالك أو أجنبى العين من يد الحابس خفية ، أو اغتصبها منه رغما عنه ، أو أخذها بالرغم من معارضته ، فان حقـه فى الحبس لايزول بذلك (١) . بل له أن يسترد حيازة العين ، بشرط أن يطلب ردها فى أقصر الأجلين ، اما قبل انقضاء ثلاثين يوما من الوقت الذى عـلم فيه بخروج العين من يده (٢) ، واما قبل انقضاء سنة من وقت خروج

= وقد قضت محكمة النقض بأن أحقية البائع لاقتضاء باقى ثمن المبيع وحق المشـترى فى حبسه وجهـان متقابلان لشيء واحـد والقضاء بأحقية البائع لباقى الثمن وبالزام المشترى بأدائه يندرج فيه حتما القضاء بأن المشترى لايحق له أن يحبسـه وتكون دعوى المشترى باحقيته فى حبسه خشـية استحقاق المبيع كله أو بعضه للغير عودة لاتجوز الى ذات النزاع الذى حاز القضاء السابق فيه قوة الامر المقضى والا انقلب دفعه بعدم تنفيذ التـزامه الى دفع بعدم تنفيذ الحكم الصادر ضده : نقض مدنى فى ١١ فبراير سـنة ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ رقم ٥٣ ص ٣٢٧ .

(١) وقد قضى بأن نزع المال المحبوس من يد الحابس بناء على حـكم قضائى لا يترتب عليه انقضـاء الحبس ، لاعتباره حاصلا دون رضاء الحابس، ما لم يكن الحكم غير نافذ فى حق الحابس ، اذ يعتبر تسليم الحابس المـال المحبوس فى هذه الحالة دون التمسك بحق الحبس أو الاعتراض على الحكم بمثابة تسليم اختيارى ، ويترتب عليه انقضـاء حق الحبس (استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٣ — الاستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤٢٥ ص ٦١٦ هامش رقم ٢) .

(٢) وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ٢٤٨ مـدنى، كما رأينا . وقد قيست هذه الحالة على حالة المؤجر عندما يسترد المنقولات التى نقلت دون رضـائه من العين المؤجرة ، فانه لا يستطيع استردادها الا فى خلال ثلاثين يوما من وقت نقلها . وقد نصت المادة ٣١٧ من تقنين المرافعات ، فى هذا الصدد ، على أن « لمؤجر العقار أن يوقع فى مواجهة المسـتأجر أو المستأجر من الباطن الحجز التحفظى على المنقولات والثمرات والمحصولات الموجودة بالعين المؤجرة ، وذلـك ضـمانا لحق الامتياز المقرر لـه قانونا . ويجوز له ذلك أيضا اذا كانت تلك المنقولات والثمرات والمحصولات قد نقلت بدون رضـائه من العين المؤجرة ، ما لم يكن قد مضى على نقلها ثلاثون يوما » . غير أنه يلاحظ أن مدة الثلاثين يوما لاتسرى ، فى حالة الحبس ، الا من يوم =

العين من يده (١) .

واسترداد الحيازة على هذا النحو جائز ، حتى لو أن من اختلس الحيازة أو اغتصبها نقلها بعد ذلك الى حائز حسن النية ، اذ أن الحيازة ولو بحسن نية لاتجب سرقة الضمان (vol de gage) (٢) . وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ليس الحبس ، على وجه الاجمال ، الا حيازة الشىء حيازة فعلية ، ولذلك كان طبيعيا أن ينقضى بفقد هذه الحيازة . ولكن ينبغى أن يكون هذا الفقد اراديا . فاذا خرج الشىء من يد محتبسه خفية أو انتزع منه رغم معارضته ، ظل حقه فى الحبس قائما ، وكان له أن يسترده ولو من يد حائز حسن النية، باعتبار أن الأمر ينطوى على سرقة ضمان. على أن حق الاسترداد هذا ، وأن كان جزاء يكفل حماية الحق فى الحبس ، الا أن من واجب المحتبس أن يستعمله فى خلال ثلاثين يوما من وقت علمه بخروج الشىء من يده (قارن حق المستأجر فى استرداد

= علم الحابس بخروج الشىء من يده ، اما فى حالة المؤجر فتسرى المدة من وقت خروج المنقولات من العين المؤجرة .

(١) وهنا أيضا يختلف ميعاد السنة عن هذا الميعاد نفسه فى دعوى استرداد الحيازة (action en réintegrande) ففى هذه الدعوى يبدأ سريان السنة من وقت أن يعلم الحائز بفقده للحيازة (م ٩٥٨ مدنى) . كذلك يختلف استرداد الحابس للحيازة عن استرداد المؤجر للمنقولات التى خرجت من العين المؤجرة دون رضاه . فاسترداد المؤجر لهذه المنقولات يعتبر من قبيل استعمال حق التتبع المتفرع عن حق الامتياز العينى ، ولا يتقيد المؤجر بالميعاد القانونى اذا لم يترتب على المنقولات حق للغير . اما استرداد الحابس للحيازة فالغرض منه ليس امكان الاحتجاج بحق الحبس على الغير ، بل مجرد الحيلولة دون انقضاء هذا الحق ذاته ، ويجب أن يتقيد الحابس بالميعاد القانونى ولو لم يترتب على العين حق للغير (الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤١٧ ص ٦٠٥ — ص ٦٠٧ — قارن بيدان وفوران فقرة ٢٨٢) .

(٢) الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات فقرة ١٧٢ ص ٢٥٨ — قارن بودرى ودى لوان ١ فقرة ٢٥١ ص ٢٤٣ .

المنقولات التى تخرج من حيازته فى خلال ثلاثين يوما) »(١) .

ويجب أن يسترد الحابس الحيازة القديمة التى فقدها حتى يعود اليه الحق فى الحبس ، أما اذا رجعت له حيازة العين بسبب جديد ، فان حقه الاول فى الحبس يكون قد زال ، وتولد له حق جديد بالسبب الجديد ليس هو الحق الاول (٢) .

ويلاحظ أنه اذا خرجت الحيازة من يد الحابس ولو خفية أو عنوة ، فان الحق فى الحبس يزول مؤقتا ما دام الحائز لم يسترد فعلا الحيازة على النحو الذى أوضحناه . فاذا استرد الحيازة فى الميعاد ، عاد اليه الحق فى الحبس . وان انقضى الميعاد دون أن يستردها ، زال نهائيا حقه فى الحبس . ومن ذلك نرى الفرق واضحا بين الحق فى الحبس والحق العينى ، فالحق العينى ينطوى دائما على حق تتبع ، ولا يزول بانتقال العين الى الغير .

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٦ — وقد سبق أن قررنا (أنظر آنفا فقرة ٦٧٩ فى الهامش فى تاريخ المادة ٢٤٨ مدنى) أن مدة السنة انما اضيفت الى المشروع التمهيدى فى لجنة المراجعة .

(٢) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٦٤ — بودرى ودى لوان ١ فقرة ٢٥٠ مكررة ١ — فلو أن شخصا اشترى سيارة بثمن حال وتسلمها قبل ان يسدد الثمن ، فان بائع السيارة يكون قد نزل بذلك عن حقه فى حبس السيارة . فاذا أعاد المشترى السيارة الى البائع لاصلاحها فى « ورشته » ودفع له مصروفات الاصلاح ، لم يجز للبائع حبس السيارة فى الثمن الذى لم يدفع ، لان حيازة السيارة انما عادت الى البائع بسبب جديد ، هو اصلاح السيارة . ولو عادت السيارة الى حيازة البائع لا بسبب جديد بل بالسبب الاول — بأن كان البائع مثلا سلم السيارة الى المشترى مؤقتا لتجربتها على أن يرجعها الى البائع بعد التجربة فأرجعها المشترى — فان البائع يعود له بعودة السيارة الحق فى حبسها حتى يستوفى الثمن (بيدان وفوران فقرة ٢٨٣ — الاستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤٢٥ ص ٦١٥ هامش رقم ٢ — الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٥ ص ١٨٦) . ولو أن شخصا عهد الى صاحب « جراج » باصلاح سيارة ، واستعادها مؤقتا قبل أن يدفع اجرة الاصلاح ثم أرجعها الى صاحب « الجراج » لاستكمال اصلاحها ، لعاد الحق فى الحبس الى صاحب « الجراج » حتى يستوفى أجره ، لأن السيارة عادت الى حيازته بنفس السبب القديم (الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٠٢ ص ٢٣١) .

الفصل الخامس

الاعسار *

(La déconfiture)

تمهيد

الاعسار المدنى والافلاس التجارى

الاعسار فى التقنين المدنى السابق وفى التقنين المدنى الجديد

٦٨٧ – مقومات الافلاس التجارى : عندما يتوقف التاجر عن دفع دين مستحق عليه ، يجوز شهر افلاسه . وشهر الافلاس أعنف طريق ينفذ به الدائن على أموال مدينه ، ولذلك اختص به التجار ، لما للائتمان فى المعاملات التجارية من أهمية خاصة ، ولأن التاجر دائنوه فى العادة كثيرون ومتفرقون ، فمن المصلحة أن يتحدوا فى جماعة (union) وأن يجروا تصفية أموال مدينهم التاجر تصفية جماعية تحقق المساواة الفعلية ما بين الدائنين .

ومن ثم كان تنظيم الافلاس التجارى يقوم على أسس ثلاثة :

---

* مراجع : الين (Allain) فى الاعسار – جارو (Garraud) فى الاعسار – فالت (Valette) فى الآثار الرئيسية للاعسار – بيدان (Bûdin) فى الافلاس المدنى – ترونسون (Tronçon) مد نظام الافلاس الى غير التجار – ديبان (Dupin) مسالة الافلاس المدنى رسالة من جرينوبل سنة ١٩٠٠ – توسان (Toussaint) فى مسالة الافلاس المدنى رسالة من اكس سنة ١٩٢٤ – محسن شفيق فى النظم المختلفة فى الافلاس المدنى رسالة بالفرنسية من باريس سنة ١٩٣٧ – ليمانيسييه (Lemanissier) رسالة من باريس سنة ١٩٣٩ – مارسيل ديبون (Marcel Dupont) فى أنسيكلوبيدى داللوز لفظ (Déconfiture).
محسن شفيق فى القانون التجارى المصرى الجزء الثانى فى الافلاس سنة ١٩٥١ – عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٢٢ – ص ٢٣٠ – اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤٩ – فقرة ١٥٣ – حسن على الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٩٨ – فقرة ١١٠ .

(الأساس الأول) ألا ينفرد أحد الدائنين دون الباقي بالاستئثار بمال المدين ، الا اذا كان له على هذا المال حق خاص ـ رهن أو امتياز أو حبس أو نحو ذلك ـ يميزه فيه عن سائر الدائنين . فيتحقق اذن تحققا فعليا في الافلاس أن جميع أموال المدين ضامنة لا لتزاماته ، لا فرق في ذلك بين دائن ودائن .

(الاساس الثاني) أن تغل يد المدين عن التصرف في أمواله . فمنذ أن يشهر افلاس التاجر لايملك ان يتصرف في ماله ، ويبقى كذلك الى أن تنتهي التفليسة بالتصفية أو بالصلح . بل ان التاجر المفلس تقيد تصرفاته حتى قبل شهر الافلاس ، ففي فترة الريبة (période suspecte) ـ من اليوم الذي تحدده المحكمة ميعادا لتوقفه عن الدفع وعشرة أيام قبله ـ تكون بعض تصرفاته باطلة وبعضها قابلا للابطال، على الوجه المعروف في القانون التجاري .

(الأساس الثالث) أن تصفى أمواله تصفية جماعية . والتصفية الجماعية هي المميز الجوهري للافلاس التجاري . ومعناها أولا أن ترفع يد المدين عن أمواله (desaisissement) ، فتنتقل حيازة هذه الاموال وحراستها الى سنديك (syndic) يمثل كلا من الدائنين والمدين . ومعناها ثانيا ألا يباشر أي دائن اجراء فرديا للتنفيذ (poursuite individuelle) على أموال المدين ، بل تكون الاجراءات التي تتخذ للتصفية والتنفيذ اجراءات جماعية (poursuite collective) يتخذها السنديك باسم جميع الدائنين ، الذين يندمجون في اتحاد (masse, union) تخلع عليه الشخصية المعنوية . ومن ثم تتحقق المساواة الفعلية التامة بين جميع الدائنين ، فتصفى أموال مدينهم وتباع لحسابهم جميعا . ثم يتقاسمون الثمن فيما بينهم قسمة الغرماء ، كل يأخذ نصيبا بقدر ما له من دين ، هذا ما لم تنته التفليسة بالصلح (concordat). بين الدائنين ومدينهم ، طبقا للقواعد ووفقا للاجراءات المرسومة في القانون التجاري .

٦٨٨ - مقارنة بين الافلاس التجارى والوسائل المدينة التى تقدم ذكرها : الآن وقد ذكرنا مقومات الافلاس التجارى ، نقارن بينه وبين الوسائل المدنية التى تكفل حقوق الدائنين ، من وسائل تمهد للتنفيذ على أموال المدين ووسائل ضمان . وهذه الوسائل المدنية هى التى ذكرناها من قبل : الدعوى غير المباشرة ، والدعوى البوليصية ، والدعوى الصورية ، والحق فى الحبس (١) .

لاتشترك هذه الوسائل الاربع مع الافلاس التجارى فى مقوماته الثلاثة ، الا فى واحد منها فقط هو الأول : عدم انفراد أحد الدائنين دون الباقين بالاستئثار بمال المدين . أما المقومان الآخران - غل يد المدين عن التصرف والتصفية الجماعية - فيتميز بهما الافلاس التجارى عن هذه الوسائل الأربع ، ولاتشترك فيها معه .

فالدعوى غير المباشرة يوجه الدائن فيها همه الى مال للمدين يستخلصه من الضياع من جراء سوء نية هذا المدين أو اهماله ، تمهيدا للتنفيذ على هذا المال . والدائن لا ينفرد دون باقى الدائنين بالاستئثار بالمال ، بل يشاركه فيه سائر الدائنين مشاركة الغرماء كما قدمنا . وفى هذا تتفق الدعوى غير المباشرة مع الافلاس التجارى . وتختلف عنه أولا فى أن المدين ، على النقيض من التاجر المفلس ، لاتغل يده عن التصرف فى هذا المال ، بل يستطيع أن يتصرف فيه حتى فى أثناء قيام الدعوى غير المباشرة ، وليس للدائن من سبيل الا الطعن فى هذا التصرف بالدعوى البوليصية ، وقد تقدم بيان ذلك . وتختلف عنه ثانيا فى أن التنفيذ على المال الذى استخلصه الدائن عن طريق الدعوى غير المباشرة يكون باجراءات فردية ، فالدائن الذى رفع الدعوى غير

(١) والغالب أن هذه الوسائل الأربع ، كالافلاس التجارى ، يواجه بها الدائنون مدينا معسرا ، فيحاولون بقدر الامكان أن يستخلصوا منه أكبر قسط من حقوقهم عنده .

المباشرة لابد فى التنفيذ من أن يتخذ اجراءات فردية للحجز ؛ ولكل دائن آخر أن يتخذ مثل هذه الاجراءات أو أن يشترك فى الاجراءات التى سبق اتخاذها . فيجب على كل حال أن يتخذ الدائن الذى يريد التنفيذ على المال اجراءات فردية باسمه خاصة ، بل ان الدائن الذى يسبق الآخرين فى التنفيذ يستوفى حقه من هذا المال قبلهم ما داموا لم يدركوا التوزيع النهائى . وهذا بخلاف الافلاس التجارى ؛ فالتصفية فيه كما قدمنا تصفية جماعية يتولاها السنديك باسم جميع الدائنين ، ولايستطيع أحد منهم أن يتخذ اجراءات فردية يسبق بها الآخرين .

والدعوى البوليصية يوجه الدائن فيها همه الى مال للمدين سبق لهذا أن تصرف فيه اضرارا بحقوق الدائنين ، وذلك حتى يجعل هذا التصرف غير سار فى حق الدائنين ، تمهيدا للتنفيذ على المال الذى سبق التصرف فيه . والدائن فى التقنين المدنى الجديد ، لاينفرد دون باقى الدائنين بالاستئثار بهذا المال ، بل يشاركه فيه سائر الدائنين مشاركة الغرماء . وفى هذا تتفق الدعوى البوليصية مع الافلاس التجارى (١). وتختلف عنه أولا فى أن المدين لم تغل يده عن التصرف فى المال منذ البداية ، بل هو قد تصرف فيهفعلا وكان لابد من الطعن فى هذا التصرف بالدعوى البوليصية بعد توافر شروط معينة ، أما التاجر المفلس فتغل يده عن التصرف فى ماله منذ شهر افلاسه ولا حاجة لتوافر أى شرط آخر غير شهر الافلاس . وتختلف عنه ثانيا فى أن التنفيذ على المال الذى تصرف فيه المدين فى الدعوى البوليصية يكون التنفيذ عليه من جهة الدائنين باجراءات فردية على النحو الذى تقدم فى الدعوى غير المباشرة لا باجراءات جماعية يقوم بها ممثل لاتحاد الدائنين كما هو الامر فى الافلاس التجارى .

---

(١) وقد كانت هذه الدعوى ، حتى فى هذه الخصيصة الاولى ، لاتتفق مع الافلاس فى عهد التقنين المدنى السابق ، اذ كان الدائن بمقتضى أحكام هذا التقنين يستأثر بالتنفيذ على هذا المال دون غيره من الدائنين .

ودعوى الصورية يوجه الدائن فيها همه الى مال للمدين يستبقيه بعد أن تصرف فيه المدين تصرفا صوريا ، فيكشف الدائن عن صورية التصرف تمهيدا للتنفيذ على هذا المال . والدائن لاينفرد دون باقى الدائنين بالاستئثار بهذا المال ، بل يشاركه فيه سائر الدائنين مشاركة الغرماء . وفى هذا تتفق دعوى الصورية مع الافلاس التجارى . وتختلف عنه أولا فى أن المدين لاتغل يده عن التصرف فى المال تصرفا جديا ، بعد أن تصرف فيه تصرفا صوريا ، فيجوز له بعد أن كشفت دعوى الصورية عن صورية تصرفه الأول ، بل وقبل أن تكشف وحتى قبل رفع الدعوى ، أن يتصرف فى المال مرة أخرى تصرفا جديا قبل أن يتمكن الدائنون من التنفيذ عليه ، ولا سبيل للدائنين فى هذه الحالة الا الطعن فى هذا التصرف الجدى بالدعوى البوليصية . وتختلف عنه ثانيا فى أن التنفيذ على المال الذى كشف الدائن عن صورية التصرف فيه يكون باجراءات فردية على النحو الذى تقدم فى الدعوى غير المباشرة وفى الدعوى البوليصية ، لا باجراءات جماعية يقوم بها السنديك ممثلا لاتحاد الدائنين كما هو الأمر فى الافلاس التجارى .

والحق فى الحبس يوجه الدائن فيه همه الى مال للمدين محبوس تحت يده ، فيستبقيه محبوسا حتى يستوفى حقه . والدائن لا ينفرد دون باقى الدائنين بالاستئثار بهذا المال ، فهو اذا نفذ عليه وبيع فى المزاد العلنى شاركه فى ثمنه سائر الدائنين مشاركة الغرماء ، وقد تقدم بيان ذلك . وفى هذا يتفق الحق فى الحبس مع الافلاس التجارى . ويختلف عنه أولا فى أن المدين ، على النقيض من التاجر المفلس ، لاتغل يده عن التصرف فى المال المحبوس ، بل يستطيع أن يتصرف فيه وينفذ تصرفه فى حق الدائنين ، بل وفى حق الدائن الحابس نفسه اذا سبق التصرف الحبس على النحو الذى بسطناه فيما تقدم . ويختلف عنه ثانيا فى أن التنفيذ على المال المحبوس يكون باجراءات فردية كما فى الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية ، لا باجراءات جماعية ، كما فى الافلاس التجارى .

٦٨٩ ـ الافلاس التجارى والاعسار المدنى : واذا كانت الوسائل المدنية الأربع التى تقدم ذكرها تقصر عن الافلاس التجارى فى مقومين من مقوماته الثلاثة ، ولا تشترك معه الا فى المقوم الأول كما رأينا ، فان الاعسار المدنى (déconfiture) كما نظمه التقنين المدنى الجديد يتقدم خطوة على هذه الوسائل الاربع ، ويشترك مع الافلاس التجارى (faillite) فى مقومين من مقوماته الثلاثة ، ويقصر عنه فى المقوم الثالث وحده .

يتفق الاعسار المدنى مع الافلاس التجارى فى أن أحد الدائنين لاينفرد دون الباقى فى الاستئثار بمال المدين . ويتفق معه أيضا ـ وفى هذا يتميز الاعسار المدنى عن الوسائل المدنية الاربعة التى سبق ذكرها ـ فى أن يد المدين تغل عن التصرف فى أمواله منذ شهر الاعسار ، كما تغل يد المدين التاجر عن التصرفات فى أمواله منذ شهر الافلاس .

ولكن يختلف الاعسار المدنى عن الافلاس التجارى فى المقوم الثالث ـ وهو المقوم الجوهرى كما قدمنا ـ فلا يوجد فى الاعسار المدنى تصفية جماعية يقوم بها السنديك ممثلا لاتحاد الدائنين كما هو الأمر فى الافلاس التجارى ، بل يبقى أمر التنفيذ على أموال المدين كما هو فى الوسائل المدنية الاربع موكولا الى اجراءات فردية يقوم بها كل دائن باسمه خاصة (١) .

ومن ثم يوضع الاعسار المدنى الى جانب الوسائل المدنية الاربع ـ الدعاوى الثلاث والحق فى الحبس ـ وسيلة من وسائل التنفيذ على أموال المدين . وهو لا يتميز عنها فى المقوم الجوهرى للافلاس التجارى ، فهو مثلها ليست فيه تصفية جماعية ولا محل فيه الا لاجراءات فردية ، ان كان يفوقها جميعا فى أنه يغل يد المدين عن التصرف فى أمواله على النحو الذى سنبسطه فيما يلى :

---

(١) انظر فى الفروق مابين الافلاس والاعسار فى القانون الفرنسى انسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ Déconfiture فقرة ٣٣ ـ فقرة ٣٨ .

٦٩٠ — الاعسار فى التقنين المدنى السابق : لم ينظم التقنين المدنى السابق الاعسار ، وهذا بخلاف الافلاس فقد نظمه التقنين التجارى تنظيما دقيقا مفصلا . وقد يقال ان الاعسار ليس فى حاجة الى التنظيم الذى لابد منه فى الافلاس ، لأن التجارة تقوم على الائتمان فلا بد فيها من ضمانات قوية يطمئن اليها الدائنون ، وعلى رأس هذه الضمانات تنظيم افلاس التاجر تنظيما يحفظ على الدائنين حقوقهم ويكفل المساواة فيما بينهم ، وليست هذه الاعتبارات قائمة فى المعاملات المدنية بالقوة التى تقوم بها فى التعامل التجارى . ولكن المدين المعسر ، حتى فى المعاملات المدنية ، فى أشد الحاجة الى تنظيم اعساره حماية له وللدائنين على السواء . وتزداد الحاجة الى تنظيم الاعسار المدنى ، منذ يرتب القانون على هذا الاعسار نتائج هامة (١) .

---

(١) وقد كان التقنين المدنى السابق يرتب على الاعسار اسقاط الاجل (م ١٠٢/١٥٦) ، وانتهاء عقد الشركة (م ٤٤٥/٥٤٢) ، ووجوب استبدال كفيل موسر بكفيل معسر اذا تعهد المدين تعهدا مطلقا بتقديم كفيل (م ٥٠٠/٦١٠) ، وجواز مطالبة الكفيل المدين المعسر بالدين قبل حلول اجله (م ٥٠٣/٦١٤) . هذا الى أن اعسار المدين كان مشترطا فى الدعوى غير المباشرة (م ١٤١/٢٠٢) ، وفى الدعوى البوليصية (١٤٣/٢٠٤) ، وان لم تصرح النصوص بذلك .

ولكن المشرع المصرى لم ينظم الاعسار تنظيما كاملا فى التقنين المدنى الملغى ، فلم يرد فى هذا التقنين ذكر الاعسار الا فى بعض مواد متفرقة ضمنها المشرع آثارا متنوعة تترتب على الاعسار دون أن يعنى بتعريفه وبيان حدوده ، ولم يكن فى ذلك حماية كافية لما يتعرض اليه الدائنين من المخاطر اذا ما اضطربت احوال المدين . ويبدو هذا النقص من ناحيتين : الاولى — قد يعجز الدائن فى اثبات غش مدينه وتواطئه مع المتصرف اليه منه ، ولاتكون الدعوى البوليصية فى هذه الحالة اداة كافية اذا كان التصرف الذى ابرمه المدين معاوضة . ويسرى التصرف عندئذ فى مواجهة الدائن رغم ان المدين قصد الاضرار به . الثانية — أن المشرع قد اكتفى فى التقنين المدنى السابق بمجرد الاشارة الى مبدأ المساواة بين الدائنين فى الضمان العام دون أن يعمل على تحقيق المساواة الفعالة بينهم ، بل كان الامر متروكا لما يشبه السباق بين الدائنين . فالدائن الذى يبادر باخذ اختصاص على عقار مدينه او يبادر بالتنفيذ عليه مباشرة قبل أن ينتبه غيره من الدائنيين الى أن مدينهم معسر لاتكفى امواله لسداد ديونه ، هذا الدائن يستوفى حقه كاملا فى حين أن من يأتى بعده من الدائنين قد يضطر الى الاقتصار على استيفاء =

وقد سار التقنين المدنى السابق فى عدم تنظيمه للاعسار على نهج التقنين المدنى الفرنسى ، وأطلق يد المدين المعسر فى التصرف ، ولم يقيد من هذا الاطلاق الا بقدر ما تسمح به الدعوى البوليصية ، ولم يواجه المدين المعسر الا عن طريق الدعاوى الثلاث المعروفة ، وهى وحدها لاتكفى فى تنظيم الاعسار . واستفاضت الشكوى من هذه الحالة فى فرنسا (١) وفى مصر (٢) .

= بعض ديونه ثم ينتظر زوال اعسار مدينه. الاستاذ اسماعيل غانم ،المرجع السابق فقرة ٩٤ .

وانظر فى النتائج التى تترتب على الاعسار فى القانون المدنى الفرنسى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨١٤ — دى باج ٣ فقرة ١٦٩ — انسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ déconfiture فقرة ٩ — فقرة ٣٢ .

(١) وقد حاولت بعض المحاكم فى فرنسا أن تنظم الاعسار عن طريق تعيين حارس قضائى على أموال المدين يديرها ويصفيها كما يفعل السنديك ثم عن طريق جعل الدعوى البوليصية تفيد جميع الدائنين السابقين على التصرف المطعون فيه واللاحقين له ، ولكن محكمة النقض الفرنسية قضت على هذه المحاولات لانها لا تتفق مع التشريع القائم الذى لم يكن لها بد من تطبيقه مهما بدا فيه من وجوه النقص (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨١٧ — الاستاذ محسن شفيق فى الافلاس فقرة ٢٠) .

وسار المشرع الفرنسى فى طريق تنظيم الاعسار خطوات محدودة . ففى مناسبة افلاس شركة بناما المعروفة صدر قانون فى أول يوليه سنة ١٨٩٣ يجعل الشركات المدنية ذات الشكل التجارى خاضعة لنظام الافلاس التجارى . ثم صدر قانون فى أول أغسطس سنة ١٨٩٣ باعتبار شركات التوصية وشركات المساهمة التى تنشأ فى شكل تجارى شركات تجارية ، فتخضع للقوانين والعادات التجارية مهما كان موضوع الشركة ، ثم أضاف قانون ٢٧ مارس سنة ١٩٢٥ الى هذه الشركات الشركات ذات المسئولية المحدودة . وصدر قانون فى ٩ سبتمبر سنة ١٩١٩ يقضى باعتبار استغلال المناجم من قبيل الاعمال التجارية لتطبيق نظام الافلاس . انظر فى هذه المسألة : بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨١٩ — دى باج ٣ فقرة ١٦٦ — فقرة ١٦٩ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٤٨٥ — كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ٤٢٢ — الاستاذ محسن شفيق فى النظم المختلفة فى الافلاس المدنى ص ١٣٧ — ص ٢٢٩ — وكتابه فى الافلاس فقرة ٢٣ .

(٢) انظر الاستاذ محسن شفيق فى النظم المختلفة فى الافلاس المدنى ص ٢٧٢ — ص ٢٧٨ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١١ — الموجز للمؤلف فقرة ٢١٢ — الاستاذ احمد حشمت ابو ستيت فى نظرية الالتزام فقرة ٦٢٠ — الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤٠ وما بعدها .

٦٩١ ـ **تنظيم الاعسـار فى التشريعات الحديثة** : أمـا موقف التشريعات الحديثة من تنظيم الاعسار فيختلف اختلافا بينا عن موقف التقنين المدنى الفـرنسى • فبعض هذه التشريعات ـ كما فى ألمانيا وانجلترا وهولندا والسـويد والنرويج والدنمارك ـ لا تميز بين الافلاس التجارى والاعسار المدنى ، فتجعل المدين المعسر ، التـاجر وغير التاجر ، خاضعا لنظام واحد هو نظام الافلاس التجارى • ومن ثم عرفت هذه التشريعات الافلاس المدنى (faillite civile) ، بل عرفت الافلاس دون وصف نظاما موحدا ، فالافلاس عندها يتنـاول كلا من الافلاس التجارى (faillite) والاعسار المـدنى (déconfiture) (١) • وعيب هذا النظام أنه يأخذ المدين المعسر بما يأخذ به التاجر المفلس من أجراءات لها ما يبررها فى التعـامل التجارى ولكنها فى المعاملات المدنية تعتبر قاسية فى غير ضرورة •

وفى سويسرا نظم الافلاس التجارى ، وترك الاعسار المدنى دون تنظيم موكولا الى اجراءات الحجـز المعتادة • ولكن بعض طوائف المدينين المعسرين أخضعت لنظام الافلاس التجارى على سبيل الاجبار، وجعل للاخرين أن يختاروا هذا النظام فمن يشاء منهم ذلك يقيد اسمه فى سجل خاص (٢) • وعيب هذا النظام أنه لا يزال يترك الاعسار المدنى دون تنظيم ، ويقتصر على نقل بعض المدينين المعسرين الى نظـام الافلاس التجارى ولا يتلاءم هذا النظام فى بعض اجـراءاته مع ملابسات الاعسار المدنى •

---

(١) انظر التشريع الألمانى الصادر فى سـنة ١٨٧٧ ، والتشريع الانجليزى الصادر فى سنة ١٨٨٣ ، والتشريع الهولندى الصادر فى سـنة ١٨٩٣ . وانظر فى الافلاس كنظام موحد للتجار وغير التجار فى التشريعين الألمانى والانجليزى رسالة الاستاذ محسن شفيق فى النظم المختلفـة فى الافلاس المدنى ص ٥٣ ـ ص ١٣٣ .

(٢) أصدر المشرع السويسرى قانـون اتحاديا (fédéral) للتنفيذ من أجل الديون والافلاس فى سنة ١٨٨٩ . فرسم طريقين للتنفيذ ، أحدهما طريق الافلاس والآخر طريق الحجز . فاذا كان المدين مقيدا فى السجل =

ولعل النظام الاسبانى هو خير هذه انظم جميعا ، فهـــو ينظم الاعسار المدنى تنظيما مستقلا عن تنظيم الافلاس التجارى ، ويسير فى كل نظام وفقا لمقتضياته . فالتاجر المفلس غير المـزارع المعسر . الأول يتقيد باعتبارات جوهرية فى الائتمان التجارى تدعو الى تنظيم افلاسه تنظيما دقيقا يكفل الطمأنينة لدائنيه ويقر المساواة فيما بينهم ، فتصفى أمواله تصفية جماعية يقوم بها سنديك باسم جميع الدائنين . أما المزارع المعسر فليس فى حاجة الى كل ذلك ، بل ان اقحام نظـام الافلاس التجارى فى شأنه ، وما ينطوى عليه من رفع يده عن أمواله وتعيين سنديك يتسلمها ويصفيها تصفية جماعية من شأنه أن يربك أعماله فى غير ضرورة . وبحسب الاعسار المدنى أن ينظم تنظيما يكون من شأنه غل يد المدين عن التصرف ، فهذا هو القدر الضرورى لحماية الدائنيـن دون أن ترفع يده عن ماله ودون أن تتخذ اجراءات جماعية كثيرة النفقة شديدة التعقيد ، ان تطلبتها مقتضيات الائتمان التجارى فليســت ملابسات الائتمان المدنى فى حاجة اليها (١) . على أن النظام الاسبانى

= التجارى وجب اتباع طريق الافلاس والا فطريق الحجز . وقسم السجل التجارى الى قسمين : قسم حرف أ وهو خاص بالقيود الاجبارية أى القيود المتعلقة بالتجار والمؤسسات التى تتخذ الشكل التجارى ولا يعفى من هذا القيد الا صغار التجار ، وقسم حرف ب وهو خاص بالقيود الاختيارية اذ اجاز المشرع لغير التجار اجراء القيد فى السجل (الأستاذ محسن شفيق فى النظم المختلفة فى الافلاس المدنى ص ٢٣٣ — ص ٢٦٧) .

(١) انظر فى انتقاد توحيد نظامى الافلاس التجارى والاعسار المــدنى وبيان عدم صلاحية ذلك فى مصر الى الأستاذ محسن شفيق فى الافلاس فقرة ٢٤ ، وينتهى الى ما يأتى : « هذه هى الأسباب التى تدعونا الى نبذ نظرية الافلاس المدنى على الأخص فى بلاد زراعية كمصر ، حيث لا ســـبيل الى تنشيط الائتمان الزراعى الا بانشاء بنوك التسليف والعمل على تيســير الحصول على القروض منها . غير أن هذا لا يعنى اننا نعضد القائلين بترك نظام الاعسار بغير تنظيم ، فمن غير المرغوب فيه حقا ان يظل المدين على الرغم من اعساره قادرا على التصرف فى أمواله والعبث بحقوق دائنيه ، أو ان يبقى حصول الدائنين على حقوقهم ثمرة التسابق والتزاحم بينهم . غير اننا لانرى ان سبيل الاصلاح يكون بتطبيق نظام الافلاس برمته على غـير التجار ، وانما يجب التمحيص والتدقيق فى أحكام هذا النظام والاستعانة =

لايفرق كثيرا بين تنظيم الافلاس التجارى وتنظيم الاعسار المـدنى من ناحية التصفية الجماعية (١) • وهذا توقاه التقنين المدنى المصرى الجديد ، فقد جعل تنظيم الاعسار المدنى يختلف اختلافا واضحا عـن تنظيم الافلاس التجارى ، واقتصر فى الاعسار المدنى على الاجراءات الفردية كما سنرى (٢) •

٦٩٢ ـ تنظيم الاعسار فى التقنين المدنى الجديد ـ الاعســـار الفعلى والاعسار القانونى : على أن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد كان يتضمن نصوصا تنشىء نظاما استثنائيا لتصفية جماعية فى الاعسار المدنى • ولما عرضت هذه النصوص للاستفتاء ، مال الرأى العام القانونى فى مصر الى عدم الاخذ بهـذا النظام الاستثنائى ، فحذفت النصوص المتعلقة به فى لجنة المراجعة (٣) •

= بما يلائم منها المعاملات المدنية ، بمعنى انه يجب وضع نظامين للتنفيذ على أموال المدين الذى يعجز عن أداء ديونه ، أحدهما نظام الافلاس ويقتصر تطبيقه على التجار ويكون محله القانون التجارى ، والآخر نظام الاعســـار والمتبع فى شأن غير التجار ويكون موضعه القـــانون المدنى • وقــد سارت بعض التشريعات على هذا الوضع ، وفى مقدمتها التشريع الاسبانى حيث يوجد نظام للافلاس (quiebra) وآخر للاعسار (concurso) ، ولئن كان صحيحا أن الشبه بين النظامين كبير فانهما غير متماثلين • واتبـــع المشرع المصرى فى القانون المدنى الجديد هذا النهج ، فوضع نظاما شاملا لحالة الاعسار ، واستعان فى شأنه ببعض أحكام الافلاس فى حدود متزنة ومعقولة » (الأستاذ محسن شفيق فى الافلاس ص ٥٠) •

(١) ويجوز فى هذا النظام أن يقرر الدائنون ، باغلبية الثلثين ، وقـف الاجراءات أو الحط من الديون • فاذا لم تتوافر هذه الاغلبية كان المدين فى حالة اعسار ، فترفع يده عن ماله ، وتوقف اجراءات التنفيذ الفـــردية (أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ Déconfiture فقرة ٨) •

(٢) انظر فى تنظيم الاعسار المدنى على أسس تختلف عن الأســس التى يقوم عليها تنظيم الافلاس التجارى الاستاذ محسن شفيق فى المنظـم المختلفة فى الافلاس التجارى ص ٢٧١ ــ ص ٣١٥ • وقد كانت هـــذه الصفحات بوجه خاص تحت نظر لجنة تنقيح التقنين المدنى عندما وضعت النصوص الخاصة بتنظيم الاعسار المدنى فى التقنين الجديد • وانظر أيضا بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨١٦ ــ فقرة ٨١٩ •

(٣) وكانت هذه النصوص فى المشروع التمهيدى هى المواد من ٣٥٤ =

واستبقيت النصوص التى تنظم الاعسار المدنى دون تصفية جماعية تنظيما يتلاءم مع مقتضيات المعاملات المدنية (١) . ولما كانت

= الى ٣٨٤ من هذا المشروع . وتتلخص الاسس التى كان يقوم عليها النظام الاستثنائى للتصفية الجماعية — كما قرر المشروع التمهيدى — فيما يأتى :

(أ) يجوز للمحكمة ، عند الحكم بشهر الاعسار أو فى أى وقت بعد صدور هذا الحكم ، أن تعين عند الاقتضاء بناء على طلب احد الدائنين أو بناء على طلب المدين نفسه ، حارسا مصفيا يوفى الدائنين حقوقهم ، اما ببيع أموال المدين وأما بتسوية ودية مع الدائنين . وتندب المحكمة قاضيا للاشراف على أعمال التصفية .

(ب) يترتب على تعيين الحارس المصفى ان يتخلى المدين عن ادارة أمواله ، وأن تصبح أمواله محجوزة تحفظيا . فلا يجوز اتخاذ اى اجراء الا بواسطة الحارس المصفى او فى مواجهته .

(جـ) يعد الحارس المصفى بيانا عن حالة المدين يعرضه على الدائنين فى اجتماع يدعوهم اليه . ثم يأخذ فى هذا الاجتماع وفيما يليه من اجتماعات فى تحقيق الديون وفقا للاجراءات التى تتبع فى تحقيق الديون فى حالة الافلاس .

(د) عند الانتهاء من فحص الديون ينظر الدائنون فيما يكون قد عرضه المدين من مقترحات لتسوية ديونه تسوية ودية . ولا تتم التسوية الودية الا اذا اقرتها الاغلبية المطلقة للدائنين وكانت هذه الاغلبية تملك ثلاثة أرباع الديون التى فحصت واعتمدت . وتصدق المحكمة على التسوية .

(هـ) اذا لم يتفق على تسوية ما ، اتخذ الحارس المصفى الاجراءات لبيع أموال المدين المعسر بالمزاد العلنى وفقا للاوضاع المقررة فى تقنين المرافعات ، ما لم ترخص المحكمة للحارس المصفى فى أن يبيع كل أموال المدين أو بعضها بطريق الممارسة وبشروط معينة .

(و) يودع الحارس المصفى المبالغ الناتجة من بيع أموال المدين خزانة المحكمة . ويتولى القاضى المنتدب توزيع هذه المبالغ وفقا للقواعد المقررة فى تقنين المرافعات لقسمة المال قسمة غرماء وقسمة ترتيب .

(ز) متى تمت التصفية الجماعية بغير طريق التسوية الودية ، يعود للدائنين حقهم فى اتخاذ اجراءات فردية على ما يستجد من مال للمدين . ويجوز فى هذه الحالة تعيين حارس مصف من جديد اذا كان المستجد من المال قدرا كافيا يبرر ذلك .

(أنظر مشروع تنقيح القانون المدنى — المذكرة الايضاحية جزء ٢ ص ٣٨١ — ٣٩٨) .

(٢) ولقد عنى المشرع فى التقنين المدنى الجديد بتفصيل الاحكام الخاصة بالاعسار ، ولم يشأ فى سبيل ذلك أن ينقل أحكام القانون التجارى فى الافلاس فيطبقها على غير التجار ، فالكثير من تلك الأحكام انما تبرره مقتضيات التجارة وليس من المصلحة ان تنقل كما هى الى نطاق المعاملات المدنية . اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ٢١٥ .

هذه النصوص تنظم الاعسار عن طريق شهره بموجب حكم قضائى ، فان التقنين المدنى الجديد يكون قد أنشأ حالة قانونية منظمة للاعسار ، وانقلبت هذه الحالة ــ كما تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى (١) ــ « من مجرد أمر واقع يكتنفه التجهيل ، الى نظام قانونى واضح المعالم بين الحدود » (٢) فأصبح التقنين المدنى الجديد يميز بين نوعين من الاعسار : الاعسار الفعلى (insolvabilité)

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٢ .

(٢) وقد أوردت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى دفاعا مسهبا عن نظام الاعسار الذى قرره التقنين الجديد ، وبينت أن هذا النظام يخدم مصالح الجميع ، مصالح المدين ومصالح الدائنين . ومما جاء فى هذا الصدد : « ومتى اشهر الاعسار كان مركز المدين فى تصفية ديونه افضل بلا شك من مركزه وفقا لأحكام التشريع الحالى (السابق) ، ذلك أن هذا الاشهار لايستتبع حتما حلول الديون المؤجلة ، فللقاضى ان يبقى على الاجل وأن يمد فيه ، بل وللقاضى ماهو افضل : فله ان ينظر المدين الى ميسرة بالنسبة الى الديون المستحقة الأداء ، وبهذا تتاح له تصفية ديونه وديا فى اكثر الظروف ملاءمة . كما أن المشروع ... اباح له كذلك أن يتصرف فى ماله ولو بغير رضاء هؤلاء الدائنين ، على ان يكون ذلك بثمن المثل ، وأن يودع الثمن خزينة المحكمة للوفاء بحقوقهم ، وقد بسط له المشروع فى أسباب الحماية ولاسيما ما كان منها انسانى الصبغة . فخوله حق الحصول على نفقة تقتطع من ايراده اذا كان هذا الايراد محجوزا . أما الدائنون فيكفل لهم نظام الاعسار قسطا من الحماية لايدانيه ما كفل لهم منها بمقتضى الاحكام الراهنة . فليس لهم ان يشفقوا فى ظل هذا النظام من تقدم احدهم على الباقين بغير حق ، ذلك أن مجرد تسجيل صحيفة دعوى اشهار الاعسار يكون من أثره عدم نفاذ أى اختصاص يقع بعد ذلك على عقارات المدين فى حق الدائنين السابقة ديونهم على هذا التسجيل . ومتى أشهر اعسار المدين أصبح من اهون الامور على الدائنين ان يأمنوا جانبه فيما يصدر عنه من التصرفات الضارة أو المدخولة ، وأصبح اعمال أحكام الدعوى البوليصية فريدا فى بساطته ، فكل تصرف قانونى يصدر من المدين المعسر ، ويكون من ورائه انتقاص حقوقه أو زيادة التزاماته ، وكل وفاء يقع منه ، لا ينفذ فى حق الدائنين ، دون حاجة الى تحميلهم عبء اقامة الدليل على الغش ، وهو عبء فى أغلب الاحيان غير يسير . ولتعزيز حماية الدائنين من تصرفات المدين الضارة أو المدخولة ، قرر المشروع توقيع عقوبة التبديد على المدين اذا ارتكب اعمالا من أعمال الغش البين اضرارا بدائنيه . وعلى هذا النحو كفل المشروع بنظام الاعسار حماية وافية للدائنين من المدين وجعل من المساواة الواجبة بينهم حقيقة واقعة ، وقد ذهب البعض الى أن نظام الاعسار ، =

والاعسار القانوني (déconfiture) ، ويختلف الاعسار الفعلي عن الاعسار القانوني من وجوه عدة .

فالاعسار الفعلي حالة واقعية (état de fait) تنشأ عن زيادة ديون المدين — سواء كانت مستحقة الأداء أو غير مستحقة ما دامت محققة الوجود — على حقوقه . أما الاعسار القانوني فحالة قانونية (état de droit) تنشأ من زيادة ديون المدين المستحقة لأداء على حقوقه ، ولابد من شهرها بموجب حكم قضائي يجعل المدين في حالة اعسار (état de déconfiture).

والآثار التي يرتبها القانون على الاعسار القانوني قد لا يرتبها على الاعسار الفعلي . فسنرى أن سقوط الاجل (م ٢٥٥ فقرة أولى وم ٢٧٣ مدني) ، ومنع المدين من التصرف في ماله (م ٢٥٧ مدني) ، وتعريضه لعقوبة التبديد في حالتين معينتين (م ٢٦٠ مدني) ، وجواز اعطائه نفقة من ايراداته المحجوزة (م ٢٥٩ مدني) ، وعدم جواز الاحتجاج بحقوق الاختصاص فيما بين الدائنين (م ٢٥٦ فقرة ٢ مدني) ، انما يترتب ذلك كله على الاعسار القانوني ، لا على مجرد الاعسار الفعلي . أما انتهاء الشركة باعسار أحد الشركاء (م ٥٢٨ فقرة أولى مدني) ، وجواز انهاء العارية اذا أعسر المستعير بعد انعقادها

= وان توافرت له المزايا التي تقدمت الاشارة اليها فليس يخلو اعماله من عيب قد يرجح هذه المزايا جميعا . فاذا فرض في رأيهم أن أغلب الملاك ينوءون بأعباء الدين ، فمن الخطر ان تتخذ اجراءات لاشهار اعسار هؤلاء الملاك ، لان هذه الاجراءات تفضي من طريق العلانية القضائية الى الكشف عن مراكز أو احوال ينبغي أن يكتم أمرها عن الملأ لاعتبارات مادية وأدبية . ولكن لو صح أن يستهان بما يعرض للذهن في مثل هذه الظروف من وجوب رعاية ما يقتضي التعامل من شرف وخلق ، أفلا يبقى بعد ذلك أمر التساؤل عما اذا كانت هذه المراكز المضطربة تظل في الواقع خافية غير معلومة ؟ الحق أنه ليس أيسر من كشف الحقيقة والبصر بها في هذا الشأن ، فان لم يتح ذلك من طرق استفاضة الشهرة ، فثمة علانية اجراءات التوزيع القضائي وجلسات المزايدات . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٩ — ص ٦٦٠) .

أو كان معسرا قبل ذلك دون علم من المعير (م ٦٤٤ حرف حـ مدنى) ، وتقديم كفيل موسر (أى غير معسر) اذا التزام المدين بتقديم كفيل (م ٧٧٤ مدنى) ، وسقوط حق الدائن فى الرجوع على الكفيل اذا أعسر المدين ولم يتخذ الدائن الاجراءات اللازمة للمحافظة على حقوقه (قياسا على وجوب تقدمه فى تفليسة المدين اذا أفلس : م ٧٨٦ مدنى) كل ذلك يترتب على الاعسار الفعلى دون حاجة الى أن يكون الاعسار قانونيا . كذلك فى الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية استبقى التقنين المدنى الجديد الاعسار على ما كان عليه فى التقنين المدنى السابق ، اعسارا فعليا لا اعسارا قانونيا ، مسايرا فى ذلك تقاليد هاتين الدعويين . وينهض لتوجيه هذا الرأى أن التقنين المدنى الجديد حدد على وجه الدقة المقصود بالاعسار فى الدعوى البولیصية ، فنص فى المادة ٢٣٩ على أنه « اذا ادعى الدائن اعسار المدين ، فليس عليه الا أن يثبت مقدار ما فى ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها » . فالمشرع هنا اعتبر المدين معسرا بمجرد ألا يكفى ماله للوفاء بجميع ديونه ، المستحقة وغير المستحقة ، بينما هو فى الاعسار القانونى لايعتبر المدين معسرا الا اذا كان ماله لايكفى للوفاء بديونه المستحقة وحدها دون ديونه غير المستحقة . فالاعسار القانونى ، كما نرى ، حالة أشد امعانا فى الاستغراق بالدين من الاعسار الفعلى ، والتقنين المدنى الجديد صريح فى أنه يكتفى فى الدعوى البوليصية — وتبعا لذلك فى الدعوى غير المباشرة — بالاعسار الفعلى دون الاعسار القانونى (١) .

(١) انظر عكس ذلك الاستاذ محسن شفيق فى الافلاس فقرة ٥٣ ص ٧٧ – ص ٧٨ – وفى رأينا ان التقنين المدنى الجديد اذا اطلق لفظ « الاعسار » فلا يتخصص اللفظ للاعسار القانونى ، بل ينصرف الى محض الاعسار أى الاعسار الفعلى (انظر المواد ٢٣٥ فقرة ٢ و ٢٣٧ و ٥٢٨ فقرة اولى و ٦٤٤ حرف جـ) . أما اذا قصد بلفظ « الاعسار » الاعسار القانونى ، قرن اللفظ بما يدل على هذا المعنى اشعارا بأهمية ما يترتب من النتائج على ذلك ، فيقول مثلا : « يسقط حق المدين فى الاجل : اذا شهر افلاسه أو اعساره وفقا لنصوص القانون .. » (م ٢٧٣ — وانظر ايضا المواد ٢٥٥ فقرة أولى و ٢٥٦ فقرة ٢ و ٢٥٧ و ٢٥٩ و ٢٦٠) .

وقد ينتهي الاعسار القانوني قبل أن ينتهي الاعسار الفعلى • ذلك أن الاعسار القانوني ينتهي بموجب حكم اذا وفى المدين المعسر ديونه الحالة ، وينتهي حتما بقوة القانون اذا انقضت خمس سنوات على شهر الاعسار • فيتبين من ذلك أن الاعسار القانوني قد ينتهي ، ومع ذلك تبقى ديون المدين أكثر من حقوقه فيكون معسرا فعلا ، وهكذا قد يتناوب المدين اعسار فعلي ينتقل منه الى اعسار قانوني ليعود بعد ذلك الى اعسار فعلى • وسيأتي بيان ذلك تفصيلا فيما يلى •

وننتقل الآن ، بعد هذا التمهيد ، الى بسط أحكام تنظيم الاعسار المدنى فى التقنين المدنى الجديد ، أى الى الكلام فى حالة الاعسار القانوني • فنبحث : (أولا) شهر حالة الاعسار (ثانيا) الآثار التى تترتب على حالة الاعسار (ثالثا) انتهاء حالة الاعسار •

ونقصد فيما يلى ، اذا أطلقنا لفظ « الاعسار » ، الاعسار القانوني أى الاعسار كحالة قانونية منظمة ، فاذا أردنا الاعسار الفعلى صرحنا بذلك (١) •

الفرع الاول
شهر حالة الاعسار

٦٩٣ — دعوى شهر الاعسار : لابد لثبوت حالة الاعسار ، من دعوى ترفع بذلك ، وحكم يصدر بشهر الاعسار • فوجب اذن أن نبحث أمرين : ١ — طرفى دعوى الاعسار ٢ — اجراءات هذه الدعوى •

---

(١) وشبيه بتنظيم حالة الاعسار (م ٢٤٩ — ٢٦٤ مدنى) تنظيم تصفية التركة (م ٨٧٦ — ٩١٣ مدنى) — ففى الحالتين لا يجوز التصرف فى أموال المدين المعسر ولا فى أعيان التركة ، ولا يحتج على الدائنين بأى اختصاص يقع بعد تسجيل حكم الاعسار أو بعد موت المدين ، ويعاقب المدين المعسر بعقوبة التبديد فى بعض الحالات كما يعاقب بعقوبة التبديد كل من استولى غشا على شىء من مال التركة ولو كان وارثا ، ويجوز تقدير نفقة يتقاضاها المدين المعسر من ايراداته المحجوزة أو يتقاضاها من كان المورث يعولهم من ورثته . ولكن اجراءات تصفية التركة اجراءات جماعية ، بخلاف اجراءات تصفية مال المعسر فهى كما رأينا اجراءات فردية •

المبحث الأول
طرفا دعوى الاعسار

٦٩٤ — **النصوص القانونية** : تنص المادة ٢٤٩ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يجوز أن يشهر اعسار المدين اذا كانت أمواله لا تكفى لوفاء ديونه المستحقة الأداء » .

وتنص المادة ٢٥٠ على ما يأتى :

« يكون شهر الاعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين ، بناء على طلب المدين نفسه أو طلب أحد دائنيه . وتنظر الدعوى على وجه السرعة » .

وتنص المادة ٢٥١ على ما يأتى :

« على المحكمة فى كل حال قبل أن تشهر اعسار المدين أن تراعى فى تقديرها جميع الظروف التى أحاطت به ، سواء أكانت هذه الظروف عامة أم خاصة . فتنظر الى موارده المستقبلة ، ومقدرته الشخصية ، ومسئوليته عن الأسباب التى ادت الى اعساره ، ومصالح دائنيه المشروعة ، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى حالته المالية » (١) .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٤٩ : ورد هذا النص فى المادة ٣٢٤ من المشروع التمهيدى ، عن طريق الخيرة ، على الوجهين الآتيين : « يجوز ان يشهر اعسار كل مدين غير تاجر ، تزيد ديونه على امواله ، متى توقف عن وفاء ديونه المستحقة الاداء » او « يجوز ان يشهر اعسار كل مدين غير تاجر اذا كانت امواله لاتكفى لوفاء ديونه المستحقة الأداء » . وفى لجنة المراجعة اشار احد الاعضاء الى ان نظام الاعسار لا يتفق مع الحالة الاقتصادية فى مصر ، اذ هو يسىء الى مركز المدينين وهم اغلبية دون ان ينطوى على منفعة حقيقية لهم . فاجيب على ذلك بان وضع هذا النظام اريد به تقرير الامر الواقع ، فالمدين الذى ينزع ملكه تتخذ قبله اجراءات علنية ، وليس فى شهر الاعسار ما يمس سمعة المدين باكثر من ذلك . ثم ان النظام الذى وضعه المشروع يعود على المدين بمزايا حقيقية ، وييسر له امر الوفاء بديونه . ونوه احد الاعضاء بان نظام الاعسار يكون اولى بالقبول لو تضمن مزايا مماثلة للمزايا =

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق ، ولم يكن هذا التقنين ينظم الاعسار المدنى كما سبق القول .

= التى يحصل عليها المدين التاجر من طرق الصلح الواقى من الافلاس كابراء المدين من جزء من الديون اذا وافقت على ذلك اغلبية من الدائنين ، أو ابرائه من الديون أيا كان مقدارها متى ترك للدائنين كل ما يملك من مال . موافقت اللجنة على استيفاء نظام الاعسار فى المشروع مع احالة الاقتراح الخاص بابراء المدين الى لجنة فرعية (ولم يظهر لعمل هذه اللجنة أية نتيجة — والظاهر أن لجنة المراجعة اكتفت بما تضمنه المشروع من جواز مد آجال الديون ومن جواز منح آجال للديون الحالة) . ثم فاضلت لجنة المراجعة بين النصين المعروضين ، فاختارت النص الآتى : « يجوز أن يشهر اعسار المدين غير التاجر اذا كانت أمواله لاتكفى لوفاء ديونه المستحقة الأداء » ، وأصبح رقم المادة ٢٦١ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ أعيد الاعتراض على نظام الاعسار ، وقيل ان هذا النظام جديد ، وهو نظام خطر من الناحية الموضوعية وقد انتقده الكثيرون . ورد على هذا الاعتراض بأن نظام الاعسار يكفل للمدين والدائن مزايا مدة لاتكفى فى توفيرها الاحكام الجزئية التى وردت فى سياق تحبيذ فكرة الحذف ولا تعادلها الاعتبارات المتصلة بعدد الدعاوى ، وهى بالنسبة الى المدين المعسر كثيرة واجراءات شهر الاعسار قد تفضى على النقيض الى الاقلال منها . ولم تر اللجنة الاخذ بالاعتراض ، واقرت نظام الاعسار فى مجموعة ، أما من حيث النص المعروض فحذفت كلمتى « غير التاجر » لان قانون التجارة تكفل بالاجراءات التى تتخذ بالنسبة الى التاجر ، ولافساح المجال لبحث فكرة وضع نصوص فى القانون التجارى تجيز للمدين التاجر الاستفادة من أحكام الاعسار بما فيها من يسر . ووافقت اللجنة على المادة معدلة على الوجه الآتى : « يجوز أن يشهر اعسار المدين اذا كانت أمواله لا تكفى لوفاء ديونه المستحقة الأداء » تحت رقم ٢٤٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٢ — ص ٦٦٥) .

م ٢٥٠ : ورد هذا النص فى المادة ٣٣٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يكون اشهار الاعسار بحكم تصدره المحكمة التى يتبعها موطن المدين ، بناء على طلب المدين نفسه أو بناء على طلب دائنيه » . وفى لجنة المراجعة رؤى أن تنظر دعوى الاعسار على وجه السرعة ، فعدل النص على الوجه الذى استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، تحت رقم ٢٦٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٠ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٦) .

م ٢٥١ : ورد هذا النص فى المادة ٣٣٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة =

وليس فى التقنينات المدنية العربية الاخرى ما نظم الاعسار المدنى الا التقنينات السورى والعراقى والأردنى • أما التقنين اللبنانى فقد ترك الاعسار المدنى دون تنظيم كما فعل التقنين المدنى الفــــرنسى • وكذلك شأن التقنين الليبى ، فقد أغفل تنظيم الاعسار • كما أغفـــل تنظيمه القانونى المدنى الكويتى •

وتقابل النصوص السالفة الذكر فى التقنين المدنى السورى المواد من ٢٥٠ الى ٢٥٢ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٢٧٠ و ٢٧١ فقرة أولى ، وفى التقنين المدنى الاردنى المادة من ٣٧٥ الى ٣٧٧ (١) •

= تحت رقم ٢٦٣ فى المشروع النهائى • ثم وافق عليه مجلس النواب فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥١ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٧ — ص ٦٦٨) •

(١) **التقنينات المدنية العربية الاخرى : التقنين المدنى الســــورى** م ٢٥٠ — ٢٥٢ (مطابقة لنصوص التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٢٧٠ : المدين المفلس الذى يكــــون دينــه المستحق الاداء أزيد من ماله ، اذا خاف غرماؤه ضياع ماله أو خافوا أن يخفيه أو أن يجعله باسم غيره ، وكان خوفهم مبنيا على أسباب معقولة ، وراجعوا المحكمة فى حجره عن التصرف فى ماله أو فى اقراره بدين لآخر ، حجرته المحكمة .

م ٢٧١ فقرة اولى : يكون الحجر بحكم تصدره محكمة البداءة بناء على طلب أحد الدائنين •

(وتحديد الاعسار المدنى فى التقنين العراقى كتحديده فى التقنــين المصرى : عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه المستحقة الأداء . وللمحكمة سلطة تقديرية تستخلص من عبارة «وكان خوفهم مبنيا على اسباب معقولة» وللدائن ، دون المدين ، فى التقنين العراقى ، طلب الحجر على المدين ، اما فى التقنين المصرى فيجوز ايضا للمدين أن يطلب شهر اعسار نفسه . ومع ذلك قارن الدكتور حسن على الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنــى العراقى فقرة ١٠١ ص ١٠٠ حيث يذهب الى جواز أن يطلب المدين طلب الحجر على نفسه فى القانون المدنى العراقى) .

التقنين المدنى الاردنى م ٣٧٥ : يجوز الحجر على المدين اذا زادات ديونه الحالة على ماله .

م ٣٧٦ : ١ — يكون الحجر بحكم تصدره المحكمة التى يتبعها موطن المدين بناء على طلب المدين نفسه أو احد الدائنين وتنظر الدعوى على وجه السرعة . ٢ — ويجوز لكل دائن أن يحصل بمقتضى حكم الحجر على أمر =

ومن هذه النصوص يتبين أن المدعى عليه فى دعوى الاعسار هو المدين المعسر دائما ، أما المدعى فيكون فى الغالب أحد دائنيه وقد يكون هو المدين نفسه .

٦٩٥ ـ المدعى عليه هو المدين المعسر : من الطبيعى أن يكون المدعى عليه فى دعوى الاعسار هو المدين المعسر . وهنا يجب تحديد ما هو المقصود بلفظ « المعسر » فقد قدمنا أن الاعسار القانونى ليس ضرورة هو الاعسار الفعلى (١) .

فالاعسار الفعلى هو كما قدمنا زيادة ديون المدين على حقوقه (٢)، سواء كانت ديونه مستحقة الأداء أو غير مستحقة الأداء ، ما دامت ديونا محققة الوجود . فلا يدخل فى الحساب الديون المتنازع فيها الى أن تخلو من النزاع ، ولا الديون المعلقة على شرط واقف الى أن يتحقق الشرط . أما الديون المؤجلة ، والديون المعلقة على شرط فاسخ ، والديون غير المقدرة ، فانها تحسب جميعا . ولكن يجب تقدير الديون غير المقدرة ، للاستيثاق مما اذا كان مال المدين يكفى للوفاء بها هى والديون المقدرة . واذا تحقق الشرط الفاسخ ، فسقط الدين المعلق على هذا الشرط ، استنزل من مجموع الديون . وقد ينقلب المدين باستنزال هذا الدين موسرا بعد أن كان معسرا .

هذا هو تحديد الاعسار الفعلى . أما الاعسار القانونى فقد

= من رئيس دائرة الاجراء بحجز جميع اموال المدين عدا ما لا يجوز حجزه ويبقى الحجز على أموال المدين قائما لمصلحة الدائنين حتى ينتهى العجز .

م ٣٧٧ : على المحكمة فى كل حال قبل ان تحجر المدين ان تراعى فى تقديرها جميع الظروف التى احاطت به ومدى مسئوليته عن الاسباب التى ادت الى طلب الحجر ومصالح دائنيه المشروعة وكل ظرف آخر من شأنه ان يؤثر فى حالته المالية .

(وهذه الاحكام لاتختلف فى مضمونها عما ورد بالتقنين المدنى المصرى مع اختلاف فى تسمية الاعسار بالحجر) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بان الحكم برفض شهر الاعسار لعدم توافر الاعسار القانونى لا يؤدى بطريق اللزوم الحتمى الى انتفاء الاعسار الفعلى : نقض مدنى فى ٨ مايو سنة ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ رقم ٢٣٣ ص ٢٣٣ ص ١١٨٥ .

(٢) او كما يقال عادة زيادة الخصوم (passif) على الاصول (actif).

توخى له التقنين المدنى تحديدا آخر جعله أقل وقوعا من الاعســــار الفعلى (١) • ونبادر الى القول _ قبل تحديد الاعسار القــانونى _ أن الافلاس التجارى هو أيضا شىء آخر غير الاعسار الفعلى وغير الاعسار القانونى ،فالافلاس التجارى يجوز شهره بمجرد أن يتوقف الدين التاجر عن الوفاء بدين تجارى عليه فى الميعاد المحدد • ولاينظر فى الافلاس التجارى الى ما اذا كان المدين معسرا بالفعل أو غير معسر ، فقد يكون موسرا وتكون له أموال تربى على ديونه أضعافا مضاعفة ، ولكن اذا كانت هذه الاموال لايستطيع المدين أن يسدد منها الدين المطلوب ، بأن تكون هى الأخرى ديونا فى ذمة مدينى المدين ثم تدفع لعدم حلول أجلها أو لتوقف المدينين عن الدفع ، أو تكون عقارات أو منقولات يتعذر بيعها لوفاء الدين من ثمنها ، أو تقصر هذه الأموال عن الوفاء بالدين لأى سبب آخر ، فانه يجوز شهر افلاس المدين ، مهما بلغ من اليسار ، ما دام قد توقف عن دفع دين تجارى عليه مستحق الأداء • وهذا هو الــذى توجبه مقتضيات التعامل التجارى ، فهو تعامل يقــــــوم على الثقة والائتمان فلابد من أن يفى التاجر بدينه فى الميعاد المحدد للوفاء ، فأن دائنه قد ائتمنه واطمأن الى التعامل معه ، ويغلب أن يكون هذا الآخر مدينا اعتمد فى الوفاء بدينه على أن مدينه سيفيه حقه ، فمتى توقف مدينه عن الدفع توقف هو أيضا عن الدفع لدائنه ، وقد يتوقف هــذا الدائن هو أيضا عن الدفع لدائنه ، وهكذا دواليك ، فيجر توقف مدين الى توقف سلسلة من مدينين غيره اعتمد بعضهم على بعض • ومن ذلك

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد نص المادتين ٤١٧ و ٢٣٧ من التقنين المدنى ان المشرع قد فرق بين الاعسار القانونى الذى استـــلزم توافره لشهر اعسار المدين واشترط لقيامه ان تكون امواله غير كافية لوفاء ديونه المستحقة الأداء ، وبين الاعسار الفعلى الذى استلزم توافــره فى دعوى عدم نفاذ التصرف واشترط لقيامه ان يؤدى التصرف الصادر مــن المدين الى ان تصبح امواله غير كافية للوفاء بجميع ديونه سواء ما كــان منها مستحق الاداء او مضافا الى اجل ، ويؤدى ذلك أن الاعسار الفعلى أوسع نطاقا من الاعسار القانونى فقد يتوافر الاول دون الثانى : نقض مدنى فى ٨ مايو سنة ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ رقم ٢٣٣ ص ١١٨٥ •

نرى ما لتوقف المدين التاجر عن الوفاء بدينه من نتائج خطيرة ، ومن ثم كان جزاء هذا التوقف جواز شهر الافلاس (١) .

وليس كذلك الاعسار القانونى . فان مجرد توقف المدين عن الدفع ليس بالدليل على اعساره ، ولا يجر هذا التوقف عادة فى المعاملات المدنية كل النتائج الخطيرة التى رأيناها فى التعامل التجارى. ومن ثم لم ير المشرع فى التقنين المدنى الجديد أن يقف عند هذه القرينة لاعتبار المدين معسرا . ولم يقف حتى عند الاعسار الفعلى ، بأن يكون مال المدين لايكفى للوفاء بجميع ديونه . بل هو لم يرض أن يجمع بين الامرين : الاعسار الفعلى والتوقف عن الدفع . وقد كان هذا الطريق أحد طريقين لتحديد الاعسار القانونى فى المشروع التمهيدى للتقنين الجديد . فلم تختر لجنة المراجعة هذا الطريق (٢) ، واختارت الطريق الآخر الذى استقر فى التقنين الجديد ، وهو أكثر رفقا بالمدين. فلا يكفي ، حتى يجوز شهر اعسار المدين ، أن تكون أمواله غير كافية للوفاء بجميع ديونه ، ولايكفى أن يتوقف عن دفع دين مستحق الأداء ، بل يجب أن يكون أشد اعسارا من كل ذلك ، فتكون أمواله غير كافية للوفاء بديونه المستحقة الأداء وحدها (٣) . فلو أن أمواله كانت كافية للوفاء بالديون المستحقة الأداء ، لم يجز شهر اعساره ، حتى لو كانت

---

(١) وكذلك قد يكون المدين التاجر معسرا اعسارا فعليا او قانونيا ، ولكنه مادام يدفع ديونه الحالة عند طلبها ولا يتوقف عن الدفع ، فلا يجوز شهر افلاسه (الاستاذ محسن شفيق فى الافلاس فقرة ١٤٤ ص ١٧٩ ـ ص ١٨٠) .

(٢) انظر آنفا فقرة ٦٩٤ فى الهامش فى تاريخ المادة ٢٤٩ ــ وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٣ ــ ٦٦٤ .

(٣) او كما تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى : « لايشترط مجرد نقص حقوق المدين عن ديونه ، بل يشترط ايضا أن تكون هذه الحقوق اقل من الديون المستحقة الأداء ، أى اقل من جزء معين من مجموع الديون» . (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٢) .

هذه الأموال غير كافية للوفاء بجميع الديون الحالة والمؤجلة (١) ، وحتى لو توقف عن دفع دين حال .

ونرى من ذلك أن الاعسار القانوني أضيق من الاعسار الفعلي ، وأن المعسر اعسارا فعليا لايكون بالضرورة معسرا اعسارا قانونيا ، وان كان المعسر اعسارا قانونيا لابد أن يكون معسرا اعسارا فعليا (٢) . فلو كانت أموال المدين تقدر بعشرة آلاف ، وكانت ديونه الحالة ثمانية آلاف وديونه المؤجلة أربعة آلاف ، فهذا المدين معسر اعسارا فعليا لأن مجموع ديونه الحالة والمؤجلة يربى على مجموع أمواله ، وهو غير معسر اعسارا قانونيا لان ديونه الحالة لاتزيد على ما عنده من مال . ولو كانت الديون الحالة اثنى عشر الفا بدلا من ثمانية آلاف ، لكان المدين معسرا أيضا اعسارا قانونيا ، لأن ديونه الحالة أصبحت تربى على أمواله .

على أن الاعسار القانونى ، على ضيقة ، أوسع من الافلاس التجارى ، فقد رأينا أن مجرد توقف المدين التاجر عن دفع دينه التجارى الحال يجيز شهر افلاسه ، ولو كان هذا المدين غير معسر ، لا اعسارا قانونيا ولا اعسارا فعليا (٣) .

---

(١) ولا يقال ان الديون المؤجلة تحل بالاعسار ، فان الدين المؤجل لايحل الا بشهر الاعسار ، أى بالاعسار القانونى دون الاعسار الفعلى ، كما سنرى .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه من المقرر ان الاعسار الفعلى يختلف عن الاعسار القانونى ، فالاول اشمل مجالا من الثانى بحيث يتصور توافر الاعسار الفعلى مع انتفاء الاعسار القانونى الا ان توافر الاعسار القانونى يقتضى حتما وبطريق اللزوم توافر الاعسار الفعلى : نقض مدنى فى ٨ مايو سنة ١٩٧٨ مجموعة احكام النقض السنة ٢٩ رقم ٢٣٣ ص ١١٨٥ .

(٣) ولكن لايوجد ما يمنع من ان يخضع المدين التاجر — فى غير معاملاته التجارية — لنظام الاعسار المدنى (القانونى) فى دين مدنى لدائن تاجر (كثمن مفروشات يشتريها التاجر من تاجر آخر لاستعماله الخاص) أو لدائن غير تاجر (كأجرة المنزل الذى يسكنه التاجر) . انظر فى هذا المعنى : الاستاذ محسن شفيق فى الافلاس فقرة ١٤٩ ص ١٩٤ — ص ١٩٧ .

٦٩٦ — عبء اثبات الاعسار : ويقع عبء اثبات اعسار المدين على من يطلب شهر اعساره ، ويكون غالبا أحد دائنية كما سيأتى . ويمكن اثبات الاعسار — أى عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه المستحقة الأداء — بجميع الطرق لأن الاعسار واقعة مادية . ويجوز الانتفاع بالقرينة القانونية الواردة فى المادة ٢٣٩ مدنى ، على أن تكون قرينة قضائية . فقد رأينا المادة ٢٣٩ تنص على أنه « اذا ادعى الدائن اعسار المدين ، فليس عليه الا أن يثبت مقدار ما فى ذمته من ديون وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها » . فاذا أثبت الدائن دينا مستحق الأداء فى ذمة المدين ، كان للقاضى أن يستخلص من ذلك قرينة قضائية على أن هذا المدين معسر : وهى قرينة تقبل اثبات انعكس ككل القرائن القضائية ، فيجوز للمدين دحضها اذا هو أثبت أن عنده مالا يكفى للوفاء بهذا الدين المستحق الأداء (١) .

٦٩٧ — سلطة المحكمة التقديرية فى شهر الاعسار : وحتى بعد

---

(١) الاستاذ محسن شفيق فى الافلاس فقرة ٢٨ — وقد قضى بأن توقف المدين عن دفع احد ديونه المستحقة قرينة على اعساره ، فيتعين على المدين ، اذا اراد تلافى الحكم بشهر اعساره ، أن يثبت أنه رغم توقفه عن الدفع فان لديه مايكفى لسداد ديونه المستحقة (الاسكندرية الكلية الوطنية ٦ ابريل سنة ١٩٥٠ مجلة التشريع والقضاء ٢ رقم ١٢ ص ٢١١) . وقضت محكمة النقض — فى عهد التقنين المدنى السابق حيث لم يكن يوجد نص يقابل المادة ٢٤٩ — بأن الاعسار هو حالة قانونية تستفاد من أن أموال الشخص ليست كافية للوفاء بديونه المستحقة عليه . وهو بهذا المعنى لايقوم على نفى مطلق يتعذر اثباته ، بل يقوم على امر واقع له علاماته التى تشهد عليه . على أن المقرر فى الاثبات انه اذا كانت الواقعة المدعاة سلبية وكانت منضبطة النفى ، كان على مدعيها اثبات خلافها متى امكنه تحويلها الى قضية موجبة . فاذا لم يكن ذلك ممكنا ، او كانت الواقعة غير منضبطة النفى ، فان مدعيها يعتبر عاجزا عن اثبات دعواه (نقض مدنى ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣ ص ٨٠) .

هذا واذا كان المدين هو الذى طلب شهر اعسار نفسه — كما سيأتى — فاقراره بالاعسار حجة عليه ، الا اذا اثبت للقاضى أنه قصد بالاقرار التحايل .

اثبات أن أموال المدين غير كافية للوفاء بديونه المستحقة الأداء على النحو الذى قدمناه . فليس من الضرورى أن تقضى المحكمة بشهر اعساره ، بل ان لها سلطة تقديرية واسعة فى ذلك .

فعلى المحكمة — كما تقول المادة ٢٥١ مدنى — فى كل حال ، قبل أن تشهر اعسار المدين ، أن تراعى فى تقديرها جميع الظروف التى أحاطت به . سواء أكانت هذه الظروف عامة أم خاصة . فتنظر الى موارده المستقبلة ، ومقدرته الشخصية ، ومسئوليته عن الاسباب التى أدت الى اعساره ، ومصالح دائنيه المشروعة ، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى حالته المالية .

فالظروف التى تراعيها المحكمة اذن فى تقديرها هى الظروف العامة التى أعسر فيها المدين ، وكذلك الظروف الخاصة بشخصه ، فالظروف العامة مثلها أزمة اقتصادية طاحنة سببت اعسار كثير من الناس ، أو حرب نشبت ، أو ثورة اندلعت ، أو فيضان استثنائى ، أو آفة زراعية انتشرت ، أو نحو ذلك من الظروف التى تعم جميع الناس ولا تخص المدين وحده .

والظروف الخاصة بالمدين يجب أيضا أن تراعيها المحكمة (١) فى تقديرها لشهر الاعسار أو الامتناع عن شهره ، وهذه الظروف الخاصة اما أن ترجع الى الماضى . كمسئوليته عن الأسباب التى أدت الى اعساره ، وهل كان حسن النية عاثر الحظ ، أو كان مبذرا متلافا . أما أن ترجع الظروف الخاصة الى الحاضر ، مثل ذلك مصالح دائنيه المشروعة فقد تستوجب شهر اعساره ، ومثل ذلك أيضا رعونة المدين أو عدم خبرته أو ضعف ادراكه . واما أن ترجع الظروف الخاصة الى المستقبل ، مثل ذلك موارد المدين المستقلة ، فقد ينتظر لاعماله الرواج بعد فوات أزمة عارضة ، ومثل ذلك أيضا مقدرته الشخصية فقد

---

(١) وهذا بخلاف الحكم ، نظرية الظروف الطارئة ، حيث تنص المادة ١٤٧ فقرة ٢ على ضرورة أن تطرأ حوادث استثنائية عامة تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين .

يكون طبيبا ماهرا أو مهندسا حاذقا فيمكن الاعتماد على عمله فى المستقبل وتفادى شهر اعساره فى الحال (١) .

وغنى عن البيان أن المحكمة ، وهى تقدر هذه الظروف العامة والخاصة ، قد تلمس فيها ما يشفع للمدين ، ويقيه شهر الاعسار ، فيقوم ذلك الى حد كبير مقام الصلح الواقى (concordat préventif) فى المعاملات التجارية (٢) .

٦٩٨ — المدعى فى دعوى الاعسار — أحد — الدائنين : أما المدعى فى دعوى شهر الاعسار فيكون غالبا أحد دائنى المدين المعسر . وللدائن فى ذلك مصالح شتى . فقد يخشى . بعد أن تيقن من اعسار المدين ، أن يستبد بالمدين اليأس فيبادر الى تبديد ماله ، أو اخفائه ، أو التصرف فيه للاضرار بحقوق دائنيه (٣) . فيسهل على الدائن ، بعد أن يشهر اعسار المدين ، أن يلغى جميع هذه التصرفات . بل أنه ليعرض المدين الى عقوبة جنائية ، هى عقوبة التبديد ، اذا شهر اعساره وأقدم المدين مع ذلك على اخفاء بعض أمواله ، أو اصطنع ديونا صورية أو مبالغا

---

(١) الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٩٥ ص ٢١٧ — وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ... للقاضى سلطة رحبة الحدود ، تتيح له تقدير جميع ظروف المدين، واخذه بالشدة أو اصطناع الرفق فى معاملته ، وفقا لاحواله العامة والخاصة وقد يكون فى الاحوال العامة ما ينهض لمصلحة المدين ، كما لو عرضت له عسرة موقوتة فى خلال ازمة اقتصادية شاملة . ويراعى من ناحية أخرى أن لأحوال المدين الخاصة النصيب الأوفى فى توجيه الحكم على مركزه ، فمن ذلك مثلا كفايته الشخصية (وهى التى يتوقف عليها الى حد بعيد تقدير ما يرجى له من فرص التوفيق فى مستقبله) ، وسنه ، وحرفته ، ومركزه الاجتماعى ، ومصالح دائنيه المشروعة ، ومدى مسئوليته عن اعسار ، وكل ظرف آخر من شأنه ان يؤثر فى حالته المادية » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٢ — ص ٦٦٣) .

(٢) الاستاذ محسن شفيق فى الافلاس فقرة ٤٧ .

(٣) وتقول المادة ٢٧٠ من التقنين المدنى العراقى : « اذا خاف غرماؤه ضياع ماله، أو خافوا ان يخفيه ، أو أن يجعله باسم غيره » .

فيها بقصد الاضرار بدائنيه ، أو تعمد الاعسار فى دعوى الدين التى رفعها عليه دائنه (م ٢٦٠ مدنى) ، كما سيأتى (١) .

وقد يكون الدائن ، بعد أن تيقن من اعسار مدينه ، يخشى أن يبادر دائنوه الآخرون الى أخذ اختصاصات على عقاراته يتقدمون بهـا فى استيفاء حقوقهم ، لاسيما بعد أن أصبح حق الاختصاص فى التقنين المدنى الجديد لايؤخذ الا بناء على حكم واجب التنفيذ (م ١٠٨٥ مدنى)، فيسبقه الى الحصول على هذا الحكم دائنون آخرون ، ويبقى هو أمدا طويلا قبل أن يحصل على حكم واجب التنفيذ يستطيع بموجبه أن يأخذ حق اختصاص . وفى مثل هذه الظروف يؤثر الدائن أن يبادر الى شهر اعسار مدينه ، وما دام هو لايزال أمامه وقت طويل قبل أن يستطيع الحصول على حكم يأخذ حق اختصاص بموجبه ، فلا أقل من أن يمنع الدائنين الآخرين من أن يفعلوا ذلك فيتقدموا عليه دون مبرر .

وقد يكون الدائن حقه مؤجل ، ويتيقن من اعسار مدينه . فيخشى أن ينتظر حلول الأجل فلا يجد عند المدين مالا يستوفى منه حقـه . فيبادر الى شهر اعسار المدين ، متمسكا بدين حال ، غير الدين المؤجل، لاتكفى أموال المدين للوفاء به (٢) . فاذا ما شهر اعسار المدين ، سقط

(١) ونرى انه حتى لو لم يوجد للمدين الا دائن واحد ، فان هـذا الدائن يستطيع أن يرفع دعوى شهر الاعسار ، وذلك حتى يغل يد المدين من التصرف فى أمواله ، مع تعريضه للعقوبة الجنائية . واذا جـاز للدائن الواحد أن يشهر افلاس مدينه (انظر الاستاذ محسن شفيق فى الافلاس نقرة ١٦٨ ص ٢١٩ — ص ٢٢١) ، مع تعقد اجراءات الافلاس وخطر نتائجه فأولى أن يجوز للدائن الواحد أن يشهر اعسار مدينه ، وله فى ذلك مصلحة واضحة .

(٢) والدائن ذو الحق المؤجل لايتمسك ، فى شهر اعسار المـدين ، بحقه هو لأنه غير حال ، وانما يتمسك بحق حال ، ولو لدائن آخر ، لا تكفى أموال المدين لوفائه . وقد قضت محكمة شبين الكوم الكلية بان دعوى شهر اعسار المدين لا تجوز اقامتها الا عند حلول ميعاد الوفاء بالدين ، ولا يجوز رفعها قبل ذلك طبقا للمادة ٢٤٩ من القانون المدنى الجديد . وتقول المحكمة بحق : « وأما ما تعرضت له المدعية بمذكرتها مـن أن الأجل يسقط ويصبح الدين مستحق الاداء بالمادتين ٢٥٥ و ٢٧٣ ، فمرجعه فى التفسير الى صدور حكم بالاعسار ، ونص المادة ٢٧٣ صريح فى ذلك » (شبين الكوم الكلية ٢٣ =

الاجل فى الدين المؤجل ، ويبادر الدائن الى التنفيذ بحقه ، والحصول على قسط منه ، بدلا من أن يضيعه كله (١) .

٦٩٩ — المدعى فى دعوى شهر الاعسار هو المدين نفسه : تقول المادة ٢٥٠ مدنى ، كما رأينا ، أن شهر الاعسار يكون بناء على طلب المدين نفسه أو طلب أحد دائنيه . وقد عرضنا للدوافع التى تحدو بالدائن على أن يطلب شهر اعسار مدينه ، فبقى أن نتبين الدوافع التى تحدو بالمدين نفسه على أن يطلب شهر اعساره .

قد يرى المدين أن انديون قد أثقلته : وأن الظروف التى تحيط به تشفع له ، فيعمد الى طلب شهر اعساره حتى يستطيع الحصول على منحه آجالا للديون الحالة ، وحتى يمد الآجال بالنسبة الى الديون المؤجلة (م ٢٥٥ فقرة ٢ مدنى وسيأتى بيانها) . فيتمكن بذلك من تسوية حالته المالية فى هدوء وطمأنينة ويشبه هذا فى الافلاس التجارى الصلح مع الدائنين (concordat).

وقد يكون المدين غارقا فى ديونه ، تنهال عليه الحجوز من كل جانب : وقد حجزت ايراداته فمنع مورد رزقه ، فيعمد الى طلب شهر اعساره حتى يستطيع الحصول على نفقة (م ٢٥٩ مدنى وسيأتى بيانها) يقتات منها الى أن تتم تصفية أمواله (٢) .

= نوفمبر سنة ١٩٥٣ المحاماة ٣١ رقم ٣٩٠ ص ١٣٧٥) .

(١) وقد قضت محكمة القاهرة الابتدائية انه لايشترط ان يكون الدائن رافع دعوى شهر الاعسار هو حتما صاحب الدين الحال الاداء ، فقد يكون حق هذا الدائن مؤجلا ولكن ثبت لديه اعسار مدينة ويخشى ان ينتظر حلول الاجل فلا يجد عنده ما يستوفى منه حقه فيبادر الى طلب شهر اعساره متمسكا بدين حال غير الدين المؤجل الذى لاتكفى اموال المدين للوفاء به . فالدائن ذو الحق المؤجل لايتمسك فى شهر اعسار المدين بحقه هو لانه غير حال وانما يتمسك بحق حال لدائن آخر لا تكفى أموال المدين لوفائه . (محكمة القاهرة الابتدائية فى ٣١ من اكتوبر سنة ١٩٦٠ — المجموعة الرسمية للاحكام السنة ٦٠ العدد الاول رقم ٤٥ ص ٣٦٨) .

(٢) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٣ — الاستاذ اسماعيل غانم ، المرجع السابق فقرة ٩٥ .

وأكثر ما يتحقق طلب المدين شهر اعسار نفسه يكون فى دعـوى يرفعها عليه أحد دائنيه بالدين ، فيطلب أثناء نظر هذه الدعوى شهر اعسار نفسه (١) •

٧٠٠ — شهر الاعسار لا تطلبه النيابة العامة ولا تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها : وفى الافلاس التجارى يجوز للنيابة العامة طلب شهر افلاس المدين التاجر ، ويجوز للمحكمة أن تشهر افلاس التاجر من تلقاء نفسها • فقد نصت المادة ١٩٦ من التقنين التجارى على أن « الحكم باشهار الافلاس يجوز أن يصدر بناء على طلب نفس المدين المفلس أو طلب مداينيه أو الوكيل عن الحضره الخديوية أو تصدره المحكمة من تلقاء نفسها » • وليس هنا محل الكلام عن الافلاس التجارى ، وكيف تطلبه النيابة العامة ، أو تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها • والذى يعنينا أن نبينه فى هذا الصدد أن الاعسار المدنى لايخضع لهذا النظام ، اذ لا يوجد نص فى تنظيم الاعسار يسمح به ، بل أن ص المادة ٢٥٠ مدنى يقضى ، كما رأينا ، بأن يكون شهر الاعسار بناء على طلب المدين نفسه أو طلب أحد دائنيه • فلم يذكر النص النيابة العامة ، ولم يبح للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بشهر اعسار المدين غير التاجر ، وذلك لان الاعتبارات التى تستوجب هذا الحكم فى المعاملات التجارية لا وجود لها فى المعاملات المدنية (٢) •

---

(١) ويجوز للمدين أن يطلب شهر اعسار نفسه بدعوى يرفعها ابتداء أمام المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطنه ، ويكون دائنوه هم الخصوم فى هذه الدعوى . وهذا بخلاف شهر المدين التاجر افلاس نفسه ، فقد ورد فيه نص خاص ، اذ قضت المادة ١٩٧ من التقنين التجارى بأن « الحكم باشهار الافلاس بناء على طلب المدين المفلس يكون بمجرد تقديمه تقريرا الى قلم كتاب المحكمة الكائن محله فى دائرة اختصاصها بأنه وقف عن دفع ديونه » .

(٢) لاسيما — كما يقول الاستاذ محسن شفيق (الافلاس فقرة ٣٠ ص٥٥) — أن تخويل المحكمة حق شهر الافلاس من تلقاء نفسها خروج على القواعد العامة ، ومحل انتقاد بعض الفقهاء .

المبحث الثانى

اجراءات دعوى الاعسار

٧٠١ — **النصوص القانونية** : تنص المادة ٢٥٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« مدة المعارضة فى الأحكام الصادرة فى شأن الاعسار ثمانية أيام، ومدة استئنافها خمسة عشر يوما ، تبدأ من تاريخ اعلان تلك الاحكام » .

وتنص المادة ٢٥٣ على ما يأتى :

« ١ — على كاتب المحكمة فى اليوم الذى تقيد فيه دعوى الاعسار أن يسجل صحيفتها فى سجل خاص يرتب بحسب أسماء المعسرين ، وعليه أن يؤشر فى هامش التسجيل المذكور بالحكم الصادر فى الدعوى وبكل حكم يصدر بتأييده أو بالغائه ، وذلك كله يوم صدور الحكم » .

« ٢ — وعلى الكاتب أيضا أن يرسل الى قلم كتاب محكمة مصر صورة من هذه التسجيلات والتاشيرات لاثباتها فى سجل عام ، ينظم وفقا لقرار يصدر من وزير العدل » .

وتنص المادة ٢٥٤ على ما يأتى :

« يجب على المدين اذا تغير موطنه أن يخطر بذلك كاتب المحكمة التى يتبعها موطنه السابق . وعلى هذا الكاتب بمجرد علمه بتغيير الموطن، سواء أأخطره المدين أم علم بذلك من أى طريق آخر ، أن يرسل على نفقة المدين صورة من حكم شهر الاعسار ومن البيانات المؤشر بها فى هامش التسجيل الى المحكمة التى يتبعها الموطن الجديد لتقوم بقيدها فى سجلاتها (١) » .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٥٢ : ورد هذا النص فى المادة ٣٣٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٦٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٩) .

=

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق .

وتقابل هذه النصوص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادتين ٢٥٣ — ٢٥٤ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢٧١ فقرة ٢و٣ ، وفى التقنين المدنى الاردنى المادتين ٣٧٨ — ٣٧٩ (١) .

= م ٢٥٣ : ورد هذا النص فى المادة ٣٣٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « على كاتب المحكمة أن يقيد الاحكام الصادرة باشهار الاعسار ، يوما فيوما ، فى سجل عام يرتب بحسب أسماء المعسرين ، وطبقا لما يقضى به نظام الفهارس . وعليه أن يؤشر فى هامش القيد المذكور بكل حكم يصدر بتأييد أو الغاء حكم سابق » . وفى لجنة المراجعة اضيفت فقرة ثانية الى النص على الوجه الآتى : « وعليه أيضا أن يرسل الى قلم كتاب محكمة مصر صورة الاحكام لقيدها فى سجل عام ينظم وفقا لقرار يصدر من وزير العدل ، وأصبح رقم المادة ٢٦٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ رؤى وجوب أن يكون تسجيل صحيفة الدعوى وقيد الحكم فى محكمة واحدة ، ووجوب البدء بالكلام على تسجيل صحيفة الدعوى طبقا للترتيب الطبيعى . وهذا اجراء تستلزمه حماية مصالح الغير . فعدل النص على الوجه الذى استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وأصبح رقم المادة ٢٥٣ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٠ — ص ٦٧٢) .

م ٢٥٤ : ورد هذا النص فى المادة ٣٣٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٦٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٤ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٣ — ص ٦٧٤) .

(١) التقنينات المدنية العربية الاخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٥٣ — ٢٥٤ (مطابقتان للمادتين ٢٥٣ و ٢٥٤ من التقنين المدنى المصرى ، فيما عدا أن كاتب محكمة موطن المدين المعسر ، فى التقنين السورى ، يرسل الى ديوان وزارة العدل — لا الى محكمة العاصمة كما فى التقنين المصرى — صورة التسجيلات والتأشيرات لاثباتها فى سجل عام . ولا مقابل فى التقنين السورى للمادة ٢٥٢ من التقنين المصرى وهى المادة التى تقصر مواعيد المعارضة والاستئناف) .

التقنين المدنى العراقى م ٢٧١ فقرة ٢ : ويجوز لاى دائن بمقتضى هذا الحكم (حكم الحجز على المدين المعسر) أن يحصل من دائرة الاجراء على قرار بحجز أموال المدين المحجوز من عقارات ومنقولات وديون فى ذمة الغير ، عدا الاموال التى لايجوز حجزها . ويبقى الحجز على أموال المدين قائما لمصلحة جميع الدائنين حتى ينهى الحجر .

٧٠٢ — المحكمة المختصة بالحكم بشهر الاعسار : وقد قدمنا أن المادة ٢٥٠ مدنى تقضى بأن المحكمة المختصة بالحكم بشهر الاعسار هى المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين المعسر ، فلا تختص المحاكم الجزئية اذن بنظر دعاوى الاعسار .

٧٠٣ — نظر الدعوى على وجه السرعة — تقصير مواعيد المعارضة والاستئناف : وتقضى المادة ٢٥٠ مدنى أيضا أن تنظر دعوى الاعسار على وجه السرعة . فيبين فى صحيفة الدعوى موضوعها وطلبات المدعى

= فقرة ٢ : ويقام المدين نفسه حارسا على امواله المحجوز عليها ، الا اذا قضت الضرورة بغير ذلك .

(ويتبين من نصوص التقنين العراقى انه لايكفى الحكم بحجر المدين وشهر هذا الحكم ، بل يجب ايضا أن يتبع ذلك حجز كل أموال المدين لمصلحة جميع الدائنين . ويقام المدين ، بقدر الامكان ، حارسا على أمواله حتى يكون مسئولا عن تبديدها — انظر الدكتور حسن على الزنون فى احكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٠١) .

التقنين المدنى الاردنى م ٣٧٨ : ١ — على كاتب المحكمة فى اليوم الذى تعتبر فيه دعوى الحجر ان يسجل استدعاءها فى سجل خاص يرتب بحسب أسماء المدينين المطلوب حجرهم وعليه أنْ يؤشر فى هامش التسجيل المذكور بالحكم الصادر فى الدعوى وبكل حكم يصدر بتأييده أو بالغائه وذلك كله يوم صدور الحكم . ٢ — وعلى الكاتب ايضا أن يرسل الى ديوان الوزارة صورة من هذه التسجيلات والتاشيرات لاثباتها فى سجل عام ينظم وفقا لقرار يصدر من وزير العدل .

م ٣٧٩ : يجب على المدين اذا تغير موطنه ان يخطر بذلك كاتب المحكمة التى يتبعها موطنه السابق وعلى هذا الكاتب بمجرد علمه بتغيير على نفقة المدين صورة من حكم الحجر ومن البيانات المؤشر بها فى هامش الوطن سواء أخطره المدين أم علم بذلك من اى طريق آخر ان يرسل على نفقه المدين صورة من حكم الحجر ومن البيانات المؤشر بها فى هامش التسجيل الى المحكمة التى يتبعها الوطن الجديد لتقوم بقيدها فى سجلاتها .

(وهذه الاحكام تطابق الى حد كبير نص المادتين ٢٥٣ و ٢٥٤ من التقنين المدنى المصرى باستثناء جعل المنوط به امساك السجل العام الذى تقيد به اسماء من صدرت احكام بالحجر عليهم اى المعسرين فقد رأى المشرع اناطه ذلك بديوان وزارة العدل . ولم ير التقنين المدنى الاردنى معالجة طرق ومواعيد الطعن فى حكم الحجر (الاعسار) كما فعل المشرع المصرى فى المادة ٢٥٢ من التقنين المدنى المصرى بل ترك ذلك للقواعد العامة فى تقنين المرافعات وحسنا ما فعل .

فيها بالايجار (م ٦٣ مرافعات) • وتتقدم على غيرها من الدعـــــاوى العادية ، ولايقبل فيها طلب التأجيل الا عند الضرورة ، والاجل قريب •

والحكم الذى يصدر فى الدعوى بشهر الاعسار يكون قابــــــلا للمعارضة اذا صدر غيابيا ، ولكن مواعيد المعارضة تقصر الى ثمانيـــــة أيام من تاريخ اعلان الحكم الغيابى للمدين (م ٢٥٢ مدنى) • ولابــــد من القـــول بان الحكم الذى تضـــمنته المـــادة ٢٥٢ من التقنين المدنى من جواز الطعن بالمعارضة فى الاحكام التى تصدر فى دعاوى شـــــهر الاعسار يعتبر استثناء من أحكام تقنين المرافعات التى لاتجيز الطعن بالمعارضة فى الاحكام بصفة عامة ، اذ ان المادة ٢٥٢ المشار اليها تعتبر نصا خاصا متعلقا بدعاوى شـــهر الاعسار لم تتناولها بالالغاء أحكام تقنين المرافعات باعتباره قانونا عاما فى الاجراءات •

ويكون الحكم الصادر فى دعوى شهر الاعسار ، سواء صدر بشهر الاعسار أو بالرفض ، قابلا للاستئناف • فلو أن الدائن رفع الدعـــوى صورة من هذه التسجيلات والتأشيرات لاثباتها فى سجل عام ، ينظم وفقا على المدين بطلب شهر اعساره ، وصدر الحكم ابتدائيا بشهر الاعسار جاز للمدين المحكوم عليه بشهر اعساره أن يستأنف الحكم أمام محكمة الاستئناف التى تستأنف أمامها أحكام المحكمة الابتدائية التى أصدرت الحكم الابتدائى •

وكذلك اذا صدر الحكم الابتدائى برفض شهر الاعسار ، جـــاز للدائن استئنافه • وميعاد الاستئناف ، كما تقضى بذلك المـــادة ٢٥٢ مدنى ، هو خمسة عشر يوما تبدأ من تاريخ اعلان الحكم • وهذا النص الخاص بميعاد استئناف الحكم الصادر فى دعوى شهر الاعسار وبـــدء سريان هذا الميعاد ، يعتبر نصا خاصا لم تنسخه الاحكام العامة الواردة فى تقنين المرافعات فى شأن ميعاد استئناف الاحكام وبدء سريانهـــا والمنصوص عليها فى المـــادتين ٢١٣ ، ٢٢٧ مرافعات •

٧٠٤ — الحكم الصادر بشهر الاعسار منشىء لا كاشف وهو حجة على الكافة : والحكم الصادر بشهر الاعسار هو حكم منشىء لحالة قانونية جديدة ، فقد نقل المدين الى حالة اعسار يرتب عليها القانون نتائج هامة • ولا يقال ان الحكم انما كشف عن حالة المدين المعسر ، فقد قدمنا أن الاعسار هو حالة قانونية يشترط فى قيامها أوضاع خاصة ، وهذه الاوضاع هى التى تنشىء الحالة القانونية (١) •

ولما كان الحكم ينشىء حالة قانونية جديدة ، فهو حجة على الكافة• والمدين الذى شهر الحكم اعساره يعتبر معسرا ، لا بالنسبة الى الدائن الذى رفع دعوى شهر الاعسار وحده ، بل أيضا بالنسبة الى سائر الدائنين ، وكذلك بالنسبة الى الغير ممن قد يتصرف له المدين فلا ينفذ تصرفه • ذلك أن حالة الاعسار لاتتجزأ ، ولا يصح أن يعتبر المدين معسرا بالنسبة الى بعض ، وموسرا بالنسبة الى الآخرين (٢) • ويترتب على أن الحكم بشهر الاعسار حجة على الكافة أمران : ١ — يجوز لكل ذى مصلحة — كدائن لم يدخل فى الدعوى أو شخص تصرف له المدين المعسر — أن يطعن فى الحكم بشهر الاعسار عن طريق التماس اعادة النظر ، اذا أثبت أن دعوى شهر الاعسار انما رفعت غشا بالتوطؤ بين طرفى الدعوى أو أن المدين قد أهمل اهمالا جسيما فى الدفاع عن نفسه ونجم عن هذا الاهمال أن حكم بشهر اعساره «م ٢٤١ فقرة ٨ مرافعات» ٢ — مادام الحكم حجة على الكافة ، فقد كفل له القانون وسائل للعلانية حتى يتمكن ذوو الشأن ومن لهم مصلحة أن يعلموا به • وهذا ماننتقل الآن اليه •

---

(١) أنظر عكس ذلك الاستاذ محسن شفيق فى الافلاس فقرة ٢٩ — وانظر فى أن الحكم كاشف لا منشىء فى الحالة الحاضرة للقانون المدنى الفرنسى حيث لم ينظم الاعسار ولم يجعل شهره موكولا الى حكم : بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨١٣ •

(٢) انظر الاستاذ محسن شفيق فى الافلاس فقرة ٢٩ •

٧٠٥ — العلانية التى نظمها القانون للحكم الصادر بشهر الاعسار : كفل القانون العلانية للحكم الصادر بشهر الاعسار عن طريقين : ١ — طريق قلم كتاب المحكمة الابتدائية التى أصدرت الحكم بشهر الاعسار ، وهذه هى الجهة المحلية للاعلان عن الحكم . ٢ — طريق قلم كتاب محكمة مصر الابتدائية ، وهذه هى الجهة المركزية الرئيسية للاعلان عن الحكم .

أما عن الجهة المحلية ، فقد قضت المادة ٢٥٣ مدنى ، كما رأينا ، بأن كاتب المحكمة الابتدائية التى رفعت أمامها دعوى شهر الاعسار ينظم سجلا خاصا مرتبا بحسب أسماء المعسرين حتى يتيسر البحث فيه . وعليه ، بعد أن تقيد دعوى الاعسار ، أن يسجل صحيفة الدعوى فى هذا السجل الخاص ، تحت اسم المدين المطلوب شهر أعساره . ومتى صدر الحكم فى الدعوى ، أشر يوم صدوره ، فى هامش التسجيل المذكور ، بالحكم الصادر . واذا طعن فى الحكم بالمعارضة أو بالاستئناف أو النقض أو التماس اعادة النظر ، أشر ، فى هامش التسجيل أيضا ، بالحكم الصادر فى الطعن المذكور بالتأييد أو بالالغاء ، ويكون ذلك يوم صدور الحكم . وبذلك تجتمع فى هذا السجل الخاص ، تحت اسم كل مدين رفعت عليه دعوى شهر الاعسار ، صورة كاملة عن تاريخ رفع الدعوى وصحيفتها وعما صدر من الاحكام فيها . فيستطيع كل ذى شأن أن يعرف ، من واقع هذا السجل الخاص ، حالة المدين وعما اذا كانت دعوى الاعسار قد رفعت عليه وبماذا حكم فى هذه الدعوى ، فيتبين الحالة على حقيقتها . ولما كان هذا السجل الخاص موجودا فى المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين ، وكان هناك احتمال فى أن يغير المدين موطنه ، فلابد من ارسال هذه البيانات الى المحكمة التى بها موطن المدين الجديد لنقلها فى سجلها الخاص ، لان من يريد بحث حالة المدين انما يبحثها فى قلم كتاب المحكمة التى يوجد بها موطنه الاخير وهو الموطن الظاهر أمامه . ومن ثم قضت المادة ٢٥٤ مدنى بأن المدين الذى شهر اعساره ، اذا غير موطنه ، وجب عليه أن يخطر بذلك

كاتب المحكمة التى يتبعها موطنه السابق وهى المحكمة التى قيــد فى سجلها الخاص حكم شهر الاعسار • وسواء علم هذا الكاتب بالموطن الجديد من المدين نفسه أو من شخص آخر كدائن أو أى ذى مصلحة، فانه يجب عليه أن يرسل على نفقة المدين صورة من حكم شـــهر الاعسار ومن البيانات المؤشر بها فى هامش التسجيل الى المحكمة التى يتبعها الموطن الجديد لتقوم بقيدها فى ســـجلها الخاص • وبذلك يستطاع البحث عن حالة المدين فى قلم كتاب المحكمة التى يتبعهـــا موطنه الاخير ، حتى لو غير موطنه أكثر من مرة (١) •

وننتقل الآن الى الجهة المركزية • فقد رأينا أن الفقرة الثانيـــة من المادة ٢٥٣ نصت على ما يأتى : « وعلى الكاتب أيضا أن يرســـل

---

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٣ — ص ٦٧٤ .

وغنى عن البيان انه لايزال هناك احتمال الا يخبر المدين كـــاتب المحكمة بتغيير موطنه والا يعلم الكاتب من طريق آخر بهذا التغيير ، فـــلا يستطاع الاهتداء على حالة المدين فى موطنه الجديد . ومن اجل ذلك كان المشروع التمهيدى (م ٣٤٨ منه) ينص على عقوبة المدين الذى شـــهر اعساره بعقوبة التبديد حالة ما اذا غير بطريق الغش موطنه دون أن يوجه الاخطار اللازم الى كاتب المحكمة ، وترتب على التغيير ضرر لدائنيه • ولكن لجنة المراجعة رأت عدم التوسع فى العقوبات ، فحذفت هذه العقوبة . وسنرى أن المادة ٢٥٧ مدنى تقضى بأنه متى سجلت صحيفة دعوى الاعسار فلا يسرى فى حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه ان ينقص من حقوقه أو يزيد فى التزاماته ، كما لايسرى فى حقهم اى وفاء يقوم به المدين . وكان المشروع التمهيدى لهـــذه المادة (م ٣٤٤ مـــن المشروع) يضـــيف فى آخـــر النص العبارة الآتية : « كل ذلك دون اخلال بحقـــوق الغير الذين لم يكن فى استطاعتهم أن يعلموا بحالة الاعسار » . وجاء فى المذكـــرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذه العبارة ما يأتى : « ولايرد على هذه القاعدة الا استثناء واحد ، يعرض فى النادر ، حيث يمتنع على الغــير العلم باعسار المدين من جراء عدم تسجيل حكم شهر الاعسار فى قـــلم كتاب المحكمة ، بسبب تغير المدين لمحله غشا » • ولكن العبارة حـــذفت فى لجنة المراجعة ، وبذلك لم يعد لتغيير المدين لمحل موطنه غشا جزاء خاص ، جنائى أو مدنى ، وترك الامر الى القواعد العامة ، فيكون المدين الـــذى غير موطنه غشا هو المسئول امامن تصرف له ، مع اعتبار التصرف غـــير سار فى حق الدائنين . انظر مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٦٨٠ — ص ٦٨٢ .

الى قلم كتاب محكمة مصر صورة من هذه التسجيلات والتأشيرات لاثباتها فى سجل عام ينظم وفقا لقرار يصدر من وزير العدل » .
والغرض من ذلك أن تكون هناك جهة مركزية ينظم فيها سجل عام تنقل فيه صورة من التسجيلات والتأشيرات التى قيدت فى السجلات الخاصة لجميع المحاكم الابتدائية فى البلاد . وبذلك تتوحد جهة مركزية يستطيع الباحث اذا رجع اليها أن يعلم بحالة المدين فى أى موطن كان (١) .

الفرع الثانى

الآثار التى تترتب على حالة الاعسار

٧٠٦ — نوعان من الآثار : يترتب على شهر اعسار المدين نوعان من الآثار : ١ — آثار بالنسبة الى المدين . ٢ — وآثار بالنسبة الى الدائنين .

المبحث الأول

بالنسبة الى المدين

٧٠٧ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٥٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

---

(١) ولا يزال هذا السجل العام لم يتم تنظيمه حتى الآن ، ولم يصدر قرار من وزير العدل بذلك — هذا ولا توجد وسائل اعلان لحكم شهر الاعسار غير ما قدمناه ، ولم يوجب القانون اللصق أو الاعلان فى الصحف، وهى اجراءات ان جازت فى المعاملات التجارية لما للاعلان عن الحكم من اهمية فى هذه المعاملات ، فهى لا ضرورة لها فى التعامل المدنى . على أن الاعلان عن حكم الاعسار — ولو عن طريق تنظيم سجلات لذلك فى اقلام كتاب المحاكم — ضرورى لتحديد مركز المدين من دائنيه ومركز الدائنين بعضهم من بعض ، لاسيما بالنسبة الى الاجراءات الفردية التى قد يتخذها بعض الدائنين .

« متى سجلت صحيفة دعوى الاعسار ، فلا يسرى فى حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أويزيد فى التزاماته ، كما لايسرى فى حقهم أى وفاء يقوم به المدين » •

وتنص المادة ٢٥٨ على ما يأتى :

« ١ — يجوز للمدين أن يتصرف فى ماله ولو بغير رضاء الدائنين، على أن يكون ذلك بثمن المثل وأن يقوم المشترى بايداع الثمن خزانة المحكمة حتى يوزع وفقا لاجراءات التوزيع » •

« ٢ — واذا كان الثمن الذى بيع به المال أقل من ثمن المثل ، كان التصرف غير سار فى حق الدائنين ، الا اذا أودع المشترى فوق الثمن الذى اشترى به ما نقص من ثمن المثل » •

وتنص المادة ٢٥٩ على ما يأتى :

« اذا أوقع الدائنون الحجز على ايرادات المدين ، كان لرئيس المحكمة المختصة بشهر الاعسار أن يقرر للمدين ، بناء على عريضة يقدمها نفقة يتقاضاها من ايراداته المحجوزة • ويجوز التظلم من الامر الذى يصدر على هذه العريضة فى مدة ثلاثة أيام من تاريخ صدوره ان كان التظلم من المدين ، ومن تاريخ اعلان الأمر للدائنين ان كان التظلم منهم » •

وتنص المادة ٢٦٠ على ما يأتى :

« يعاقب المدين بعقوبة التبديد فى الحالتين الآتيتين :

« (أ) اذا رفعت عليه دعوى بدين فتعمد الاعسار بقصد الاضرار بدائنيه وانتهت الدعوى بصدور حكم عليه بالدين وشهر اعساره » •

« (ب) اذا كان بعد الحكم بشهر اعساره ، أخفى بعض أمواله

ليحول دون التنفيذ عليها ، أو اصطنع ديونا صورية أو مبالغا فيهـا ، وذلك كله بقصد الاضرار بدائنيه » (١) .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٥٧ : ورد هـذا النص فى المادتين ٣٤٤ و ٣٤٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « م ٣٤٤ — متى سجلت صحيفة دعـوى الاعسار ، فلا يسرى فى حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شـأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد فى التزاماته ، كما لا يسرى فى حقهم أى وفـاء يقوم به المدين ، كل ذلك دون اخلال بحقوق الغير الذين لم يكن فى استطاعتهم أن يعلموا بحالة الاعسار » . م ٣٤٥ : « ١ — غير أنه يجوز للمـدين ، بموافقة اغلبية من الدائنين تمثل ثلاثة أرباع الديون ، أن يبيع كل مالـه أو بعضه ، على أن يخصص الثمن لوفاء ديونه . ٢ — فاذا لم يتفق الجميع على طريقة توزيع هذا الثمن ، تعين ايداعه خزينة المحكمة حتى يوزع وفقا لاجراءات التوزيع » — وفى لجنة المراجعة حذفت المادة ٣٤٥ ، وحـذف من المادة ٣٤٤ العبارة الاخيرةوهى : « كل ذلك دون اخلال بحقـوق الغير الذين لم يكن فى اسـتطاعتهم أن يعلموا بحـالة الاعسـار » ما دام هناك جهة مركزية موحدة لشهر احكام الاعسار . فاصـبح النص مطابقا لما استقر عليه فى التقنين الجديد ، واصبح رقمه ٢٦٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨٠ وص ٦٨٢) .

م ٢٥٨ : ورد هذا النص فى المادة ٣٤٦ من المشروع التمهيدى عـلى الوجه الآتى : « ويجوز ايضا للمدين أن يتصرف فى ماله ولو بغير رضـاء الدائنين ، على أن يكون ذلك بثمن المثل وأن يقوم المشترى بايدع الثمـن خزينة المحكمة ليستوفى الدائنون منه حقوتهم » . وفى لجنة المراجعة حور النص تحويرا لفظيا واضيفت اليه فقرة ثانية ، فاصبح مطابقا لما اسـتقر عليه فى التقنين الجديد ، وصار رقمه ٢٧٠ فى المشروع النهائى . ووافـق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٨ (مجموعة الأعمـال التحضيرية ٢ ص ٦٨٣ — ص ٦٨٤) .

م ٢٥٩ : ورد هذا النص فى المادة ٣٤٧ من المشروع التمهيدى عـلى وجه مطابق تقريبا لما استقر عليه فى التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنـة المراجعة تحت رقم ٢٧١ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب بعد تحويرات لفظية جعلته مطابقا كل المطابقة . ثم وافق عليـه مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٩ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨٥ — ص ٦٨٧) .

م ٢٦٠ : ورد هذا النص فى المادة ٣٤٨ من المشروع التمهيدى عـلى الوجه الآتى : « يعاقب المدين الذى اشهر اعسـاره بعقوبة التبـديد فى الحالات الآتية : (أ) اذا رفعت عليه دعوى بدين ، فتعمد الاعسار غشا =

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المواد ٢٥٧ — ٢٦٠ ، وفى التقنين المدنى العراقى المواد ٢٧٢ و ٢٧٤ و ٢٧٦ و ٢٧٧ ، وفى التقنين المدنى الاردنى المواد ٣٨١ — ٢٨٣ (١) .

وهذه النصوص تكفل حماية الدائنين من تصرفات المدين عن طريقتين : ١ — منع نفاذ هذه التصرفات فى حقهم . ٢ — تعريض المدين لعقوبات جنائية اذا صدرت منه أعمال معينة . ثم هى فى الوقت ذاته ترعى جانب الرأفة بالمدين ، فتجيز أن تقدر له نفقة يتقاضاها من ايراداته المحجوزة .

= وانتهت الدعوى بصدور حكم عليه بالدين : (ب) اذا كان بطريق الغش ، وبعد الحكم باشهار اعساره ، قد آثر دائنا على آخر ، أو أخفى بعض أمواله ليحول بين الدائنين والتنفيذ عليها ، أو ادعى لنفسه ديونا صورية أو ديونا مبالغا فيها . (ج) اذا غير بطريق الغش موطنه ، وترتب على هذا التغيير ضرر لدائنيه . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة (ج) ولعدم التوسع فى العقوبات ، وأصبحت المادة رقمها ٢٧٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ ادخلت تعديلات لفظية جعلت النص مطابقا لما استقر عليه فى التقنين الجديد ، واصبحت المادة رقمها ٢٦٠ ، ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨٨ — ص ٦٩٠) .

(١) **التقنينات المدنية العربية الاخرى : التقنين المدنى السورى** م ٢٥٧ — ٢٦٠ (مطابقة لنصوص التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : م ٢٧٢ — ينفق على المدين المحجور وعلى من لزمته نفقته فى مدة الحجر من ماله . فاذا أوقع الدائنون الحجر على ايراداته ، كان لرئيس المحكمة المختصة بالحجر أن يقرر للمحجور ، بناء على عريضة يقدمها ، نفقة يتقاضاها من ايراداته المحجوزة .

م ٢٧٤ — اذا اقر المدين المحجور بدين فلا يعتبر اقراره . واذا دفع من ماله دينا فى ذمته لاحد غرمائه ، فلسائر غرمائه استرداد المبلغ الذى دفعه .

م ٢٧٦ يجوز للمدين المحجور ، بموافقة اغلبية من الدائنين تمثل ثلاثة ارباع الديون ، ان يبيع كل ماله أو بعضه ، على أن يخصص الثمن لوفاء ديونه . فاذا لم يتفق الجميع على طريقة توزيع هذا الثمن ، تعين ايداعه صندوق المحكمة حتى يوزع وفقا للاجراءات المقررة . =

٧٠٨ — عدم نفاذ تصرفات المدين فى حق دائنيه : هنا نجد مزية من أهم مزايا شهر اعسار المدين . فقد كان الدائنون قبل شهر اعسار مدينهم موكولين الى الدعوى البوليصية ، لايستطيعون أن يجعلوا تصرفات المدين غير سارية فى حقهم الا بعد أن يثبتوا أن المدين المعسر قد تصرف غشا للاضرار بحقوقهم وأن المتصرف له كان أيضا سىء النية، اذا كان التصرف معاوضة. أما بعد شهر اعسار المدين ، فكل تصرف يصدر منه من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى ، ويكون من شأنه ان

= م ٢٧٧ — يجوز للمدين ، باذن من المحكمة ، ان يتصرف فى ماله ولو بغير رضاء الدائنين ، على أن يكون ذلك بثمن المثل وأن يقوم المشترى بايداع الثمن صندوق المحكمة ليستوفى الدائنون منه حقوقهم .

(وأحكام هذه النصوص تتفق فى مجموعها مع احكام نصوص التقنين المصرى ، مع فروق أهمها : ١ — نص التقنين العراقى على عدم نفاذ اقرار المدين المعسر ، ولم يذكر التصرفات الاخرى . ولكن المفهوم أن تصرفات المدين المعسر ، فى التقنين العراقى ، لاتسرى فى حق الدائنين . كذلك يمكن القول فى التقنين المصرى بعدم نفاذ اقرار المدين المعسر . ٢ — نص التقنين العراقى على جواز أن يصفى المدين المعسر امواله كلها أو بعضها بموافقة اغلبية من الدائنين . وقد كان هذا النص موجودا فى المشروع التمهيدى للتقنين المصرى ، ولكن حذفته لجنة المراجعة . ٣ — اشترط التقنين العراقى اذن المحكمة لتصرف المدين المعسر فى المال بثمن المثل ، وهذا الشرط لم يرد فى التقنين المصرى . ٤ — لم يرد فى التقنين العراقى ذكر لعقوبات جنائية توقع على المدين المعسر اذا صدرت منه أعمال معينة ، كما ورد ذلك فى التقنين المصرى . ويقول الاستاذ حسن على الذنون (احكام الالتزام القانون المدنى العراقى ص ١٠٢) أن فى نصوص قانون العقوبات البغدادى ما أغنى عن وضع نص مماثل للمادة ٢٦٠ من التقنين المدنى المصرى ، اذ تنص المادة ٢٧٣ من قانون العقوبات على أن « كل من عهد اليه منقول ملك للغير بأية كيفية كانت ، أو سلمه لاى غرض كان ، فاستلمه لنفسه أو لفائدته أو لمنفعة أو لفائدة شخص آخر ... يعاقب بالحبس مدة لاتزيد على ثلاث سنين وبالغرامة أو باحدى هاتين العقوبتين » . وتنص المادة ٢٧٤ — وهى المادة المقصودة — على ما يأتى : « وتنطبق هذه العقوبات أيضا على مالك الاشياء المحجوز عليها اداريا أو قضائيا الذى عهدت اليه هذه الاشياء بصفته حارسا عليها الخ » . ويلاحظ أن التقنين المصرى حدد أعمالا اخرى يعاقب عليها ، غير تبديد الحارس للاموال التى فى حراسته وذلك كتعمد الاعسار واصطناع الديون (أنظر فى شرح نصوص التقنين المدنى العراقى الاستاذ حسن على الذنون فى احكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٠٤ وفقرة ١٠٦ وفقرة ١٠٨) . =

ينقص من حقوقه كالبيع والهبة ، أو يزيد فى التزاماته كالقرض ، وأى وفاء يقوم به ولو لدين حال (١) ، يكون غير سار فى حق الدائنين ، وذلك دون حاجة الى اثبات اعسار المدين فهو ثابت بشهر الاعسار ، ودون حاجة الى اثبات سوء نية المدين أو سوء نية المتصرف له ولو كان التصرف معاوضة (٢) • وهذه الوقاية تفضل العلاج الذى تقدمه الدعوى البوليصية (٣) • وغنى عن البيان أن أى تصرف يرمى به المدين

= **التقنين المدنى الاردنى م ٣٨١** : يترتب على الحكم بالحجر على المدين الا ينفذ فى حق دائنيه جميعا تصرفه فى ماله الموجود والذى يوجد بعد ، واقراره بدين لآخر وذلك منذ تسجيل الاستدعاء .

م ٣٨٢ : اذا وقع الحجر على المدين كان لرئيس المحكمة المختصة بالحجر أن يقرر للمدين بناء على عريضة يقدمها نفقة يتقاضاها من ماله ، ويجوز الاعتراض على القرار الذى يصدر على هذه العريضة فى مدة ثلاثة أيام من تاريخ صدوره ان كان الاعتراض من المدين ومن تاريخ تبليغ القرار للدائنين ان كان الاعتراض منهم .

م ٣٨٣ فقرة ٢ : ويعاقب المدين بعقوبة الاحتيال فى الحالات الآتية : (أ) اذا رفعت عليه دعوى بدين فتعمد التفليس بقصد الاضرار بدائنيه وانتهت الدعوى لصدور حكم عليه بالدين وبالحجر (ب) اذا كان بعد الحكم بالحجر قد اخفى بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها او اصطنع ديونا صورية أو مبالغا فيها وذلك كله بقصد الاضرار بدائنيه . (ج) اذا غير بطريق الغش موطنه وترتب على هذا التغيير ضرر لدائنيه .

(وهذه الاحكام تكاد تماثل ما ورد بالتقنين المدنى المصرى واضافت الى الحالات المعاقب عليها حالة تغيير الموطن غشا ونجم عن ذلك الحاق الضرر بالدائنين ويلاحظ ان هذه الحالة كان منصوصا عليها فى المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى ولكن لجنة المراجعة حذفتها لعدم التوسع فى العقوبات) •

(١) كذلك لاتقع المقاصة اذا لم تتحقق شروطها الا بعد تسجيل صحيفة دعوى الاعسار ، فان الدائنين منذ تسجيل هذه الصحيفة قد كسبوا حقا فى أموال مدينهم ، وتنص الفقرة الأولى من المادة ٣٦٧ مدنى على أنه « لايجوز أن تقع المقاصة اضرارا بحقوق كسبها الغير » — والتاريخ العرفى لتصرف المدين حجة على الدائن ، الى أن يثبت الدائن أن هذا التاريخ قد قدم ، وانه فى الحقيقة لاحق لتسجيل صحيفة دعوى الاعسار فلا يسرى التصرف فى حقه •

(٢) ولكن الامتناع عن زيادة الحقوق أو انقاص الالتزامات يصح ، كما هى الحال فى الدعوى البوليصية .

(٣) أنظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨١ •

الى تفضيل دائن على آخر ، بالوفاء له قبل حلول دينه أو بعد حلول الدين أو باعطائه ضمانا لدينه ، يكون غير سار فى حق الدائنين الآخرين (١) .

وعدم نفاذ التصرف فى حق الدائنين لايمنع من أن يبقى التصرف قائما فيما بين المدين والمتصرف له . فلو نفذ الدائنون على العين المتصرف فيها ، كان للمتصرف له الرجوع بالضمان على المدين . ولو ترك الدائنون العين دون أن ينفذوا عليها ، بقيت فى ملك المتصرف له ، لأن التصرف لايزال قائما . واذا انتهت حالة الاعسار بسبب من أسباب انتهائه ، بقى التصرف غير نافذ فى حق الدائنين ، ولكنه يبقى أيضا قائما ما بين المدين والمتصرف له (٢) .

ولايوجد فى قاعدة عدم نفاذ تصرفات المدين المعسر الا استثناء واحد نصت عليه المادة ٢٥٨ مدنى . فان هذه المادة تقضى بجواز أن يبيع المدين ماله ، ولو بغير رضاء دائنيه ، بشرطين: ١ — أن يكون البيع

---

(١) ولا يستطيع المتصرف له ان يشكو من هذه الحالة ، فقد كان يستطيع ان يتبين حالة المدين قبل ان يصدر منه التصرف ، فيعلم من الاطلاع على السجل الخاص ، او السجل العام فى محكمة مصر الابتدائية ، أن المدين فى حالة اعسار وأن تصرفاته لاتنفذ فى حق دائنيه . يبقى احتمال أن يكون المدين قد غير موطنه دون أن يخطر كاتب المحكمة ، فلم يستطع الغير الذى تعامل معه أن يعلم بشهر اعساره من سجل المحكمة التى يتبعها موطنه الجديد ، ولم يكلف نفسه عناء البحث فى السجل العام فىمحكمة مصر . هنا كان المشروع التمهيدى ، كما قدمنا ، يحفظ حقوق الغير ، ولكن حذف هذا الحكم فى لجنة المراجعة ، فأصبح التصرف حتى فى هذه الحالة لا ينفذ فىحق الدائنين ، ولايكون للغير الا الرجوع على المدين المعسر بالضمان ، وهذا رجوع ليست له قيمة كبيرة لاعسار المدين (انظر آنفا فقرة ٧٠٥ فى الهامش) . وقد يقال فى تبرير هذا الحكم ان الغير قد أهمل ، فقد كانت عنده وسيلة لمعرفة اعسار المدين وهى الرجوع الى السجل العام فى محكمة مصر الابتدائية .

(٢) وقد يكون تصرف المدين المعسر قرضا او اى تصرف آخر يجعله مدينا للمتصرف له ، فلا يسرى هذا التصرف ايضا فى حق الدائنين . ويترتب على ذلك أن الدائنين السابقين على الاعسار يتقدمون على الدائنين التالين للاعسار ، ويستوفى الاولون حقوقهم من أموال المدين قبل الآخرين .

بثمن المثل ، فان نقص عن ثمن المثل فان التصرف لايكون ساريا فى حق الدائنين الا اذا أكمل المشترى الثمن الى ما يعادل ثمن المثل (١) • ٢ — أن يودع المشترى الثمن كله ، بما فى ذلك تكملته الى ثمن المثل ، فى خزانه المحكمة على ذمة الدائنين ، فيوزع بينهم وفقا لاجراءات التوزيع (٢) •
وهذا الاستثناء لاضرر فيه على الدائنين ، فقد بيع مال المدين بثمن مثله ووزع الثمن على الدائنين • وفيه خير للمدين ، فقد ترك يصفى ماله بنفسه ، ولم يبخس فيه كما كان يحتمل أن يبخس لو بيع المال فى المزاد العلنى ، ووفر على نفسه وعلى دائنيه البيع الجبرى (٣) •

٧٠٩ — حالتان يعاقب فيهما المدين المعسر بعقوبة التبديد : ومن مميزات شهر اعسار المدين أن المدين يصبح بعد شهر اعساره عرضة للعقوبة الجنائية اذا أرتكب أعمالا معينة (٤) • فقد نصت المادة ٢٦٠ مدنى على حالتين يعاقب فيها المدين المعسر بعقوبة التبديد :

(الحالة الأولى) اذا رفع دائن عليه دعوى بالدين قبل أن يشهر

---

(١) وعند الخلاف فى تقدير ثمن المثل يرجع الى راى الخبراء (انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الإعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨٣) •

(٢) ونظير هذا الاستثناء ما نصت عليه المادة ٢٤١ مدنى فى الدعوى البوليصية من أنه « اذا كان من تلقى حقا من المدين المعسر لم يدفع ثمنه ، فانه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل ، وقام بايداعه خزانة المحكمة » (الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٥٢ ص ٢١٤) •

(٣) وكان المشروع التمهيدى يتضمن استثناء آخر ورد فى المادة ٣٤٥ من هذا المشروع ، يجيز للمدين بموافقة اغلبية من الدائنين تمثل ثلاثة ارباع الديون أن يبيع كل ماله او بعضه ، على أن يخصص الثمن لوفاء ديونه . وقد كان هذا ضربا من التصفية يشبه التصفية فى الافلاس التجارى . ولكن هذا الاستثناء حذف فى لجنة المراجعة (أنظر آنفا فقرة ٧٠٧ فى الهامش) .

(٤) وهذا شبيه بالافلاس بتدليس أو بتقصير ، حيث يكون التاجر المفلس عرضة للعقوبة الجنائية . ولكن الاعسار ، بخلاف الافلاس ، لايترتب عليه سقوط بعض الحقوق السياسية عن المعسر كحقه فى الانتخاب أو الترشيح للمجالس النيابية .

اعساره ، ثم حكم عليه بالدين • فتعمد ، قبل الحكم بالدين أو بعده ، أن يعسر بقصد الاضرار بدائنيه ، بأن يبدد ماله أو أخفاه أو اصطنع ديونا صورية أو نحو ذلك من التصرفات التى تؤدى الى اعساره ، وذلك تهربا من تنفيذ الحكم الذى صدر أو سيصدر • فلهذه الجريمة اذن ركنان : ١ — ركن مادى هو الحكم بالمديونية وحكم بشهر الاعسار مقترن بالحكم بالمديونية أو لا حق له • ٢ — وركن معنوى هو تعمد الاعسار اضرارا بالدائنين وتهربا من تنفيذ الحكم بالمديونية • ومن القرائن على هذا التعمد أن يكون اعسار المدين قد حدث أثناء نظر دعوى المديونية أو عقب صدور الحكم بالمديونية • واعسار المدين على هذا النحو شبيه بالافلاس مع التدليس ، ويعاقب مثله عقوبة جنائية •

(الحالة الثانية) اذا حكم على المدين المعسر بشهر الاعسار ، فعمد الى الاضرار بدائنيه عن طريق أحد الاعمال الآتية : ١ — اخفاء بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها ، ويكون ذلك على الاخص فى المنقولات فانه يسهل اخفاؤها • ولايعتبر اخفاء للمال مجرد التصرف فيه ، فقد رأينا أن التصرف لايضر الدائنين اذ هو غير نافذ فى حقهم • ٢ — اصطناع ديون صورية حتى يزيد مقدار ديونه فيضر دائنيه بانقاص النصيب الذى يحصل عليه كل منهم عند التنفيذ • وتكون هذه الديون الصورية سابقة على الاعسار ، والا لم تكن نافذة فى حق الدائنين فلا تضربهم(١) ٣ — اصطناع ديون مبالغ فيها ، وهنا الديون تكون جدية لا صورية ولكن يبالغ فى مقدارها • مثل ذلك أن يعمد المدين الى تغيير سندات بالدين عليه سابقة على الاعسار ، فيضاعف قيمتها حتى ينقص من

(١) ونرى أن الدائن الصورى اذا كان متواطئا مع المدين ، بأن كان عالما بشهر اعساره وأنه انما أراد الاضرار بدائنيه ، يعتبر شريكا للمدين فى الجريمة ، ويعاقب مثله بعقوبة التبديد .

نصيب الدائنين الآخرين (١) • وظاهر أن هذه الاعمال الثلاثة ـ اخفاء المال واصطناع الديون الصورية واصطناع الديون المبالغ فيها ـ هى الاعمال التى يخشى أن تصدر من المدين المعسر ، وهى أشد الأعمال اضرارا بدائنيه • ولذلك جعل المشرع الجزاء عليها عقوبة جنائية تتناسب مع طبيعتها ، فالمدين الذى يأتى عملا من هذه الاعمال انما يبدد الاموال التى تعلقت بها حقوق الدائنين • والجريمة هنا ، كالجريمة فى الحالة الأولى ، لها ركنان : ركن مادى هو صدور حكم بشهر الاعسار يتلوه عمل من هذه الأعمال الثلاثة التى سبق ذكرها ، وركن معنوى هو قصد الاضرار بالدائنين وهذا القصد يفترض وجوده وما صدر من عمل من المدين المعسر يقوم قرينة على ذلك • وهنا أيضا يكون المدين المعسر كالتاجر المفلس بالتدليس ، ويعاقب مثله عقوبة جنائية (٢) •

٧١٠ ـ تقدير نفقة المدين المعسر : وهنا تظهر احدى فوائد شهر الاعسار للمدين المعسر نفسه • فهو اذا لم يكن قد شهر اعساره ، جاز لدائنيه أن يحجزوا على جميع أمواله ، فيما عدا الأموال التى لايجوز الحجز عليها وقد سبق بيانها • أما اذا شهر اعسار المدين ، فبالاضافة الى الأموال التى لايجوز الحجز عليها وتبقى غير قابلة للحجز بعد شهر الاعسار ، يستطيع المدين ، اذا كان الدائنون قد أوقعوا الحجز على

---

(١) ونرى أيضا فى هذه الحالة انه اذا كان الدائن الذى بالغ فى قيمة دينه متواطئا مع المدين المعسر على النحو الذى قدمناه فى الصورية ، فانه يعتبر شريكا له ، ويعاقب مثله عقوبة التبديد . وغنى عن البيان أن الدائنين هم المكلفون باثبات كل من الصورية والمبالغة فى مقدار الديون ، ويستطيعون الاثبات بجميع الطرق لما يلابس العمل من غش •

(٢) وقد قدمنا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن حالة ثالثة يعاقب فيها المدين المعسر بعقوبة التبديد ، هى حالة ما اذا غير موطنه ولم يخطر كتب المحكمة بالتغيير غشا ، ولكن لجنة المراجعة حذفت هذه الحالة حتى لا تتوسع فى توقيع العقوبات الجنائية (المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨٨ ـ ص ٦٨٩ ـ وانظر انفا فقرة ٧٠٧ فى الهامش) •

ايراداته فبقى دون مورد يعيش منه ، أن يقدم عريضة لرئيس المحكمة المختصة بشهر الاعسار — أى المحكمة التى بها موطنه — يطلب فيهـا أن يقرر له نفقة يتقاضاها من ايراداته المحجوزة (م ٢٥٩ مدنى) • فاذا قدر له رئيس المحكمة النفقة المطلوبة ، بأمر على العريضـة التى قدمها ، جاز له أن يتظلم من هذا التقدير ، اذا رآه غـير كاف ، الى المحكمة فى مدة ثلاثة أيام من تاريخ صدوره ، وجاز أيضا للدائنين أن يتظلموا من التقدير ، اذا رأوه مبالغا فيه ، الى المحكمة فى مدة ثـلاثة أيام من تاريخ اعلانهم بأمر التقدير (م ٢٥٩ مدنى) • ويجوز التظلم من كلا الطرفين الى الآمر نفسه — رئيس المحكمة — أولا ، ويحـكم الرئيس فى التظلم على وجه السرعة بتأييد الامر أو بالغائه ، ويكـون حكمه قابلا لطرق الطعن المقررة للأحكام (م ١٩٩ مرافعات) (١) •

ويبقى المدين المعسر يتقاضى النفقة المقدرة الى أن تنتهى تصفية أمواله ، ولا يبقى الدائنون منها الا الأموال التى لايجوز الحجز عليها كما سـبق القول • وغنى عن البيان أن تقرير النفقة لايمنع من بيع المـال الذى يتقاضى المدين النفقة من ريعه •

المبحث الثانى

بالنسبة الى الدائنين

٧١١ — **النصوص القانونية** : تنص المادة ٢٥٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — يترتب على الحكم بشهر الاعسار أن يحل كل ما فى ذمـة المدين من ديون مؤجلة • ويخصم من هذه الديون مقدار الفـائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التى سقطت بسقوط الأجل » •

---

(١) أنظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨٥ — ص ٦٨٦ •

« ٢ — ومع ذلك يجوز للقاضى أن يحكم ، بناء على طلب المدين وفى مواجهة ذوى الشأن من دائنيه ، بابقاء الأجل أو مده بالنسبة الى الديون المؤجلة ، كما يجوز له أن يمنح المدين أجلا بالنسبة الى الديون الحالة ، اذا رأى أن هذا الاجراء تبرره الظروف ، وأنه خير وسيلة تكفل مصالح المدين والدائنين جميعا » .

وتنص المادة ٢٥٦ على ما يأتى :

« ١ — لايحول شهر الاعسار دون اتخاذ الدائنين لاجراءات فردية ضد المدين » .

« ٢ — على أنه لايجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الاعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل » (١) .

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الاخرى : فى التقنين المدنى السورى المادتين ٢٥٥ — ٢٥٦ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادتين

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٥٥ : ورد هذا النص فى المادتين ٣٤٠ و ٣٤١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد . وفى لجنة المراجعة ادمجت المادتان فى مادة واحدة ، واصبح رقمها ٢٦٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٥ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٥ — ص ٦٧٧) .

م ٢٥٦ : ورد هذا النص فى المادتين ٣٤٢ و ٣٤٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد . وادمجتا فى لجنة المراجعة فى مادة واحدة تحت رقم ٢٦٨ من المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ قال احد الاعضاء ان استبقاء الاجراءات الفردية للدائنين بعد شهر الاعسار يفقد نظام الاعسار قيمته ، ولكن اللجنة آثرت استبقاء نظام الاعسار على هذا الوجه من الاجراءات الفردية ، وفضلت ذلك على الاجراءات الجماعية المتبعة فى الافلاس التجارى . ووافقت اللجنة على النص كما هو تحت رقم ٢٥٦ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما اقرته لجنته (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٨ — ص ٦٨٠) .

٢٧٣ و ٢٧٥ وفى التقنين المدنى الاردنى المادة ٣٨٠ (١) .

وهذه النصوص تكفل حماية الدائنين بعضهم من بعض وتحقق لهم المساواة جميعا ، مع ابقاء المدين قائما على ماله دون أن ترفع عنه يده بخلاف التاجر المفلس . ويتحقق ذلك بالطرق الآتية : ١ — تكون الاجراءات التى يتخذها الدائنون للتنفيذ على المدين المعسر اجراءات فردية ، لا اجراءات جماعية . ٢ — تسقط آجال الديون المؤجلة كمبدأ عام ، تحقيقا للمساواة بين الدائنين ، ولكن قد تبقى هذه الآجال ، وقد تمد ، بل وقد تمنح آجال للديون الحالة . ٣ — لاتنفذ حقوق الاختصاص التى قد يأخذها بعض الدائنين فى حق الدائنين الآخرين ، وذلك تحقيقا للمساواة ، هنا أيضا ، بين الدائنين .

ونستعرض كلا من هذه المسائل الثلاث .

٧١٢ — **اجراءات فردية لا اجراءات جماعية** : تقضى الفقرة الثانية من المادة ٢٥٦ بأنه « لايحول شهر الاعسار دون اتخاذ الدائنين لاجراءات فردية ضد المدين » . وهنا يتجلى المقوم الاساسى للاعسار المدنى ، فهو ليس كالافلاس انتجارى يؤدى الى اجراءات جماعية .

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الاخرى : التقنين المدنى السورى** م٢٥٥ — ٢٥٦ (مطابقتان للمادتين ٢٥٥ و ٢٥٦ من التقنين المدنى المصرى) .
التقنين المدنى العراقى : م ٢٧٣ (موافقة للمادة ٢٥٥ من التقنين المدنى المصرى) .

م ٢٧٥ — يجوز لكل دائن ، بعد الحكم بالحجر ، أن يتخذ باسمه خاصة ما يلزم من الاجراءات لاستخلاص حقه ، مع عدم الاخلال بما لسائر الدائنين من مصلحة تعلقت بالحجز على أموال المدين . (وحكم هذا النص موافق لحكم الفقرة الاولى من المادة ٢٥٦ من التقنين المدنى المصرى . ولم يعرض التقنين العراقى لعدم نفاذ حقوق الاختصاص لانه لايعرف هذه الحقوق — انظر الدكتور حسن على الذنون فى احكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٠٥ وفقرة ١٠٧) .

التقنين المدنى الاردنى م ٣٨٠ : يترتب على الحكم بالحجر ان يحل ما فى ذمة المدين من ديون مؤجلة (وحكم هذا النص موافق لحكم الفقرة الاولى من المادة ٢٥٥ من التقنين المدنى المصرى) .

فالمدين المعسر لاترفع يده عن ماله ، بل يبقى قائما على ادارته ، وهذا بخلاف التاجر المفلس فان أمواله تنزع من يده وتنتقل الى حيازة السنديك . وفى الاعسار لايعين سنديك ، ولايجتمع الدائنون و اتحاد (union) ، كما يجرى الامر فى الافلاس . فيبقى دائنو المدين المعسر كل منهم مستقل عن الآخر ، ولا تتخذ اجراءات جماعية للتنفيذ بل يقوم كل دائن على مصلحته بنفسه ، فيتخذ باسمه خاصة من الاجراءات الفردية مما يسمح به القانون . فلكل دائن أن يحجز على أموال المدين ، ما كن موجودا منها قبل شهر الاعسار وما استجد بعده. ولكل دائن أن يبادر قبل غيره الى استيفاء حقه من أموال المدين ، فاذا لم يتمكن الدائنون الآخرون من اللحاق به ومزاحمته عند التوزيع ، فقد يستوفى حقه كاملا دونهم . فالمساواة اذن بين الدائنين انما هى مساواة قانونية لا مساواة فعلية ، والقانون يعتبر الدائنين متساوين جميعا ولكن لايمنع من أن يتخذ أحدهم اجراءات فردية يسبق بها الآخرين .

على أن القانون كفل للدائنين المساواة الفعلية من وجهين :
١ — اسقاط آجال الديون . ٢ — عدم نفاذ حقوق الاختصاص .

٧١٣ — **آجال الديون** : اذا شهر اعسار المدين ، كان ذلك اشعارا للدائنين بأن يبادورا الى التنفيذ على أمواله ، حتى يدركوا منها ما يستطيعون أن يستوفوا به أكبر نصيب من حقوقهم . ومن ثم يكون الدائن ذو الحق المؤجل فى مركز بالغ الدقة ، فهو لايستطيع المبادرة الى التنفيذ لأن حقه لم يحل ، ولا يستطيع الانتظار الى أن يحل الأجل خشية أن تستنفد الديون الحالة جميع أموال المدين . لذلك نصت الفقرة الاولى من المادة ٢٥٥ على أنه « يترتب على الحكم بشهر الاعسار أن يحل كل ما فى ذمة المدين من ديون مؤجلة ويخصم من هذه الديون مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التى سقطت بسقوط الأجل » . فمجرد صدور الحكم بشهر اعسار المدين يترتب عليه سقوط الأجل فى الديون المؤجلة ، وتصبح هذه الديون حالة

تجوز المبادرة الى التنفيذ بها ، وبذلك تتحقق المساواة ما بين الديون المؤجلة والديون الحالة • وحتى لايغبن المدين وأصحاب الديون الحالة من حلول الديون المؤجلة قبل انقضاء الاجل ، نص القانون على أن يخصم من هذه الديون المؤجلة التى حلت بشهر الاعسار مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التى سقطت بسقوط الأجل • فاذا كان الدين المؤجل يستحق الدفع بعد سنة من وقت صدور حكم شهر الاعسار وكان يشتمل على فائدة اتفاقية مقدارها ٦٪ ، فان الدين يصبح حالا بعد أن يخصم منه مقدار هذه الفائدة الاتفاقية • فان كان لم يشتمل على فائدة اتفاقية وكان واجب الدفع بعد سنة ، أصبح حالا بعد أن يخصم منه مقدار الفائدة القانونية بسعر ٤٪ أو ٥٪ بحسب ما يكون دينا مدنيا أو تجاريا • أما اذا كان الدين واجب الدفع بعد سنة ، وكان المتفق عليه أن يدفع فى هذا الميعاد مع فائدة مقدارها ٦٪ مثلا ، فانه يصبح حالا دون خصم ودون فائدة •

هذه هى القاعدة • ولكن يصح أن تكون ظروف المدين بحيث تستوجب الرفق به • وعند ذلك يجوز للمدين ، بعد أن سقط أجل الدين بقوة القانون بمجرد صدور حكم الاعسار ، أن يطلب من القاضى ، فى مواجهة الدائن ذى الشأن أى صاحب الدين الذى سقط أجله ، ابقاء الأجل كما كان • ويجوز له فوق ذلك أن يطلب مد هذا الاجل ، بل يجوز له أن يطلب ، فى مواجهة الدائنين أصحاب الديون الحالة ، أن يمنح أجلا يمكنه من تحين الفرصة المناسبة لتصفية أمواله على خير وجه لمصلحته هو ولمصلحة الدائنين معه • ويجيبه القاضى الى ما طلب من كل ذلك اذا رأى أن الظروف تبرر اجابة هذا الطلب ، وأن من مصلحة المدين والدائنين جميعا ألا يبادر الدائنون الى التنفيذ على أموال المدين فى ظروف غير مناسبة فتنزل قيمتها ، وأن من الخير التربص لفرصة مواتية تباع فيها هذه الأموال بأعلى قيمة فيعود ذلك بالنفع على كل من الدائنين والمدين • ويحقق هذا فى الاعسار المدنى بعض ما يحققه الصلح مع الدائنين (concordat) فى الافلاس التجارى ، وقد

سبقت الاشارة الى ذلك .

على أنه ليس بدعا أن يمنح القاضى للمدين أجلا حتى فى الديون الحالة ، وبالأولى أن يمد الأجل القائم أو يبقى على الأجل الموجود. فليس هذا الا ضربا من نظرة المدين الى ميسرة (délai de grâce) يفعله القاضى حتى لو لم يكن المدين قد شهر اعساره ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ مدنى على ما يأتى : « على أنه يجوز للقاضى فى حالات استثنائية ، اذا لم يمنعه نص فى القانون ، أن ينظر المدين الى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم » .

٧١٤ — **عدم نفاذ حقوق الاختصاص :** ونص القانون على وسيلة أخرى أبعد أثرا فى تحقيق المساواة الفعلية بين الدائنين . فقضت الفقرة الثانية من المادة ٢٥٦ ، كما رأينا ، بأنه « لايجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الاعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل » . ذلك أن الدائنين يبادرون عادة ، بمجرد شهر اعسار مدينهم ، الى أخذ حقوق اختصاص على عقاراته عن طريق الاجراءات الفردية التى لم ينقطع حقهم فيها كما قدمنا ، وذلك كى يكفلوا لانفسهم التقدم على الدائنين الذين لم يتمكنوا من أخذ حقوق اختصاص . وقد أصبحت هذه الاجراءات أكثر اخلالا بالمساواة بين الدائنين بعد أن اشترط التقنين المدنى الجديد (م ١٠٨٥) أن يكون بيد الدائن حكم واجب التنفيذ حتى يستطيع أخذ حق اختصاص ، فلابد والحالة هذه من أن الدائنين الذين بيدهم أحكام واجبة التنفيذ يبادرون الى أخذ حقوق اختصاص على عقارات مدينهم المعسر ، يبتغون بذلك أن يتقدموا على الدائنين الذين لم تتح لهم الظروف أن تكون بأيديهم أحكام واجبة التنفيذ . فحتى تتحقق المساواة بين الدائنين قضى القانون ، كما رأينا، بألا يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل

صحيفة دعوى الاعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل • فاذا بادر دائن بيده حكم واجب التنفيذ الى أخذ حـــق اختصاص ، فان حق الاختصاص هذا لايكون نافذا فى حق الدائنين ذوى التواريخ الثابتة السابقة على تسجيل صحيفة دعوى الاعسار • أمـا اذا كان حق الاختصاص سابقا على تسجيل صحيفة دعوى الاعسار ، فأنه ينفذ بطبيعة الحال فى حق جميع الدائنين •

ويتبين مما قدمناه أن الدائنين السابقين على تسجيل صحيفة دعوى الاعسار لايخشون أن يتقدم أحدهم على الآخرين بأخذ حق اختصاص• ولكن قد يكون لمن حصل منهم على حكم واجب التنفيذ مصـــلحة فى أن يبادر الى أخذ حق اختصاص على عقارات المدين ، حتى اذا ما انتهت حالة الاعسار بسبب من أسباب انتهائها كما سيأتى ، واستجد للمـــدين دائنون آخرون بعد انتهاء حالة الاعسار ، كان حق الاختصاص نافـــذا فى حق هؤلاء الدائنين الذين استجدوا ، كما سنرى •

الفـــرع الثالث

انتهاء حالة الاعسار

٧١٥ — **مسالتان · نتكلم فى مسالتين** : ١ — كيف تنتهى حالـــة الاعسار • ٢ — وما الذى يترتب على انتهائها •

المبحث الاول

كيف تنتهى حالة الاعسار

٧١٦ — **النصوص القانونية** : تنص المادة ٢٦١ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — تنتهى حالة الاعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين ، بناء على طلب كل ذى شأن ، فى الحالتين الآتيتين :

(أ) متى ثبت أن ديون المدين أصبحت لا تزيد على أمواله (ب) متى قام المدين بوفاء ديونه التي حلت دون أن يكون لشهر الاعسار أثر فى حلولها، وفى هذه الحالة تعود آجال الديون التى حلت بشهر الاعسار الى ماكانت عليه وفقا للمادة ٢٦٣ » .

« ٢ — ويؤشر كاتب المحكمة من تلقاء نفسه بالحكم الصادر بانتهاء حالة الاعسار يوم صدوره على هامش التسجيل المنصوص عليه فى المادة ٢٥٣ ، وعليه أن يرسل صورة منه الى قلم كتاب محكمة مصر للتأشير به كذلك » .

وتنص المادة ٢٦٢ على ما يأتى :

« تنتهى حالة الاعسار بقوة القانون متى انقضت خمس سنوات على تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الاعسار (١) » .

---

(١) تاريخ النصوص :
م ٢٦١ : ورد هذا النص فى المادتين ٣٤٩ و ٣٥٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن حالة ثالثة لانتهاء الاعسار بموجب حكم قضائى : « متى قبل الدائنون أو بعضهم ابراء المدين من بعض ديونه بحيث لايزيد الباقى فى ذمته من الديون على ما عنده من مال » ، وفيما عدا أن المشروع التمهيدى لم يكن ينص على ارسال صورة من حكم انهاء حالة الاعسار الى قلم كتاب محكمة مصر . وفى لجنة المراجعة ادمجت المادتان فى مادة واحدة ، وحذفت الحالة الثالثة المشار اليها لدخولها فى الحالة الاولى ، واضيف النص على ارسال صورة الحكم الى قلم كتاب محكمة مصر ، فأصبحت المادة مطابقة لما استقرت عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمها ٢٧٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٦١ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٩١ — ص ٦٩٣) .
م ٢٦٢ : ورد هذا النص فى المادة ٣٥١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٧٤ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٦٢ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٩٤ — ص ٦٩٥) .

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق .

وتقابل هذه النصوص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادتين ٢٦١ — ٢٦٢ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢٧٨ ، وفى التقنين المدنى الاردنى المادة ٣٨٤ (١) .

ويخلص من هذه النصوص أن هنـاك طريقين لانتهاء حالة الاعسار : ١ — فأما أن تنتهى هذه الحالة بحكم يصدر قاضيا بانتهائها ٢ — وأما أن تنتهى بقوة القانون بعد انقضاء مدة معينة .

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الاخرى : التقنين المدنى السورى** م ٢٦١ (مطابقة للمادة ٢٦١ من التقنين المدنى المصرى ، فيما عدا أن نص التقنين السورى اغفل أن يذكر ارسال صورة الحكم بانهاء الاعسار الى ديـوان وزارة العدل) .

م ٢٦٢ (مطابقة للمادة ٢٦٢ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : م ٢٧٨ — ينتهى الحجر بحكم تصدره محكمة البداءة ، بناء على طلب كل ذى شأن ، فى الحالات الآتية : ١ — متى ثبت أن ديون المدين أصبحت لاتزيد على أمواله . ٢ — متى قبل الدائنون أو بعضهم ابراء المدين من بعض ديونه بحيث يصبح الباقى فى ذمته من الديون لايزيد على ماعنده من مال . ٣ — متى قام المدين بوفاء ديونه التى حلت دون أن يكون للحجر أثر فى حلولها ، وفى هذه الحالة تعود آجال الديـون التى حلت بالحجر الى ما كانت عليه من قبل ، بشرط أن يكون المدين قـد وفى جميع اقساطها التى حلت . ٤ — متى انقضت ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم الصادر بالحجر . (ويختلف هذا النص عن نص التقنيـين المصرى فى أمرين : ١ — بقيت فى التقنين العراقى حالة ابراء المدين من بعض الديون ، وكانت موجودة كما رأينا فى المشروع التمهيدى للتقنين المصرى ولكنها حذفت فى لجنة المراجعة لدخولها فى الحالة الاولى كما تقدم القول . ٢ — فى انتهاء الاعسار بانقضاء مدة معينة ، يختلف التقنين العراقى عن التقنين المصرى فى أن التقنين العراقى يستلزم حكما بانهاء الاعسار ويكتفى بانقضاء ثلاث سنوات ، أما التقنين المصرى فلا يستلزم حكما فى هذه الحالة بل ينتهى فيه الاعسار بقوة القانون ولكنه يتطلب خمس سنوات لا ثلاثا . قارن الدكتور حسن على الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٠٨ ، وانظر فقرة ١٠٩) .

التقنين المدنى الاردنى م ٣٨٤ : ١ — ينتهى الحجر بحكم تصـدره المحكمة التى يتبعها موطن المدين بناء على طلب ذى شأن فى الحالات الآتية : (أ) اذا قسم مال المحجور بين الغرماء . (ب) اذا ثبت أن ديون المدين =

٧١٧ — انتهاء حالة الاعسار بموجب حكم قضائي : تنتهي حالة الاعسار بموجب حكم قضائي في أحد فرضين : (أولا) اذا ثبت أن المدين قد أيسر يسارا تاما ، فاصبحت أمواله تفي بجميع ديونه ، ما كان حالا منها وقت شهر اعساره وما حل بسقوط الأجل بسبب شهر الاعسار . وقد يتحقق ذلك لو أن المدين المعسر تلقى ميراثا أو وصية ، فأصبحت أموانه تربى على ديونه أو تفي بها . وقد يتحقق ذلك أيضا اذا قبل الدائنون أو بعضهم ابراء المدين من بعض ديونه بحيث يصبح الباقي في ذمته من الديون لا يزيد على ما عنده من مال (١) . (ثانيا) اذا ثبت أن المدين قد وفى بجميع ديونه التي كانت حالة وقت طلب انهاء حالة الاعسار ، سواء كانت هذه الديون ديونا حالة وقت شهر الاعسار أو حلت بعد ذلك بانقضاء أجلها . أما الديون التي اعتبرت حالة عن طريق اسقاط أجلها بسبب شهر الاعسار ؛ ولم يكن هذا الاجل قد انقضى وقت طلب انهاء حالة الاعسار ، فانها لاتدخل في هذا الحساب ، وذلك لأن هذه الديون سيعود اليها الاجل الذي سقط ، كما سنرى ، فتصبح غير حالة وقت طلب انهاء حالة الاعسار . وظاهر أن المدين اذا كان قد وفى بجميع

= اصبحت لاتزيد على أمواله . (ج) اذا قام المدين بوفاء ديونه التي حلت دون ان يكون للحجر اثر في حلولها ، وفي هذه الحالة تعود آجال الديون التي حلت بالحجر الى ما كانت عليه من قبل بشرط ان يكون المدين قد وفى بجميع اقساطها التي حلت . (د) اذا انقضت ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم بالحجر . ٢ — ويؤشر كاتب المحكمة من تلقاء نفسه بالحكم الصادر بانتهاء الحجر يوم صدوره على هامش التسجيل المنصوص عليه في المادة ٣٧٨ وعليه ان يرسل صورة منه الى ديوان الوزارة للتأشير به كذلك (وحكم هذا النص يختلف عما ورد بالتقنين المدني المصري في أن التقنين الأردني اضاف الى حالات انتهاء الحجر (الاعسار) حالة تقسيم مال المحجور بين الغرماء ولا مخالفة في ذلك للقواعد العامة ، كما ان التقنين الأردني استلزم لانتهاء الحجر انقضاء ثلاث سنوات وصدور حكم بذلك في حين أنه في التقنين المصري تنتهي حالة الاعسار بقوة القانون بمجرد انقضاء خمس سنوات) .

(١) أنظر هذه الحالة في المشروع التمهيدي للتقنين المدني ، وقد حذفت كحالة مستقلة لانها لاتعدو أن تكون تطبيقا للحالة الاولى كما نرى (أنظر آنفا فقرة ٧١٦ في الهامش) .

الديون المشار اليها ، فانه يصبح فى حالة كان لايستطاع معها طلب شهر اعساره ، وهذا هو المبرر لانهاء حالة الاعسار فى هذا الفرض • ولكن لايكفى أن يكون عند المدين مال كاف للوفاء بهذه الديون ، بل يجب أن يكون المدين قد وفاها فعلا كما رأينا (١) • وفى هذا يختلف الفرض الثانى عن الفرض الأول ، فقد تقدم فى الفرض الاول أنه يكفى أن تكون أموال المدين قد أصبحت تفى بجميع ديونه دون حاجة الى وفاء هذه الديون بالفعل •

واذا تحقق فرض من هذين الفرضين ، فان حالة الاعسار لاتنتهى بقوة القانون ، بل لابد من صدور حكم بانهاء هذه الحالة • وهذا الحكم، كالحكم بشهر الاعسار ، منشىء لا كاشف ، ويقبل الطعن فيه بالطرق المقررة قانونا وفى المواعيد العادية • ويصدر من المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين ، وتكون عادة هى المحكمة التى أصدرت الحكم بشهر اعساره ، ما لم يكن المدين قد غير موطنه (٢) • ويصدر بناء على طلب كل ذى شأن • وأول ذوى الشأن فى هذا الطلب هو المدين نفسه، فمن مصلحته ، متى تحقق فرض من الفرضين المتقدمى الذكر ، أن يطلب من المحكمة اصدار حكم بانهاء اعساره • وقد يكون لأحد الدائنين مصلحة فى طلب انهاء الاعسار ، اذا كان دينه فى الاصل وشيك الحلول ، ثم حل هو وغيره من الديون المؤجلة بسبب شهر الاعسار • فاذا انتهت حالة الاعسار بتوفية الديون الحالة ، رجعت الآجال الى الديون المؤجلة•

---

(١) وذلك فى مقابل ان الديون التى سقطت آجالها بسبب شهر الاعسار ستعود ديونا مؤجلة كما كانت .

(٢) ويصدر الحكم بانتهاء حالة الاعسار من المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين . وليس من المحتم ان تكون هى نفس المحكمة التى أصدرت الحكم بشهر الاعسار ، فقد يكون المدين غير موطنه بعد الحكم بشهر اعساره . ويصدر الحكم بناء على طلب كل ذى شأن ، المدين نفسه والدائن أو خلف آل اليه مال من المدين . ويؤشر كاتب المحكمة من تلقاء نفسه بالحكم الصادر بانتهاء حاله الاعسار يوم صدوره على هامش تسجيل صحيفة دعوى الاعسار : الاستاذ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ٢٢٤ .

ولما كان أجل دينه وشيك الحلول كما قدمنا ، فأنه يستوفى الدين قبل غيره من أصحاب الديون المؤجلة ، وقد يظفر به كاملا (١) .

ومتى صدر الحكم بانهاء حالة الاعسار من المحكمة المختصة ، أشر كاتب المحكمة من تلقاء نفسه ، يوم صدور الحكم ، بانتهاء حالة الاعسار على هامش التسجيل المقيد فى السجل الخاص بالمحكمة ذاتها. فاذا كان المدين قد غير موطنه ، ورفعت دعوى انهاء الاعسار فى محكمة موطنه الجديد ، وجب التأشير بالحكم فى سجل كل من المحكمتين ، المحكمة التى أصدرت الحكم بانهاء حالة الاعسار والمحكمة التى أصدرت الحكم بشهر الاعسار . وفى جميع الاحوال يجب أن ترسل صورة من الحكم بانهاء حالة الاعسار الى قلم كتاب محكمة مصر للتأشير به كذلك فى السجل العام الموجود بهذه المحكمة (٢) .

---

(١) اما اذا كان دينه قد حل فعلا بانقضاء أجله ، وأريد انهاء حالة الاعسار بتوفية الديون الحالة ، فانه لا يتصور أن يكون الدائن الذى حل دينه هو الذى يطلب ذلك ، لانه يكون قد استوفى دينه قبل أن يتقدم بهذا الطلب .

هذا ويصح أن يطلب انهاء الاعسار من تصرف له المدين المعسر ، فان هذا التصرف ، وان كان لا يسرى فى حق الدائنين ، يبقى قائما فيما بين المدين ومن تصرف له كما قدمنا . فيستطيع المتصرف له ، بانهاء حالة الاعسار ، الرجوع على المدين وهو غير معسر .

(٢) أنظر فى طرق انتهاء حالة الاعسار القانونى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٩٨ — ص ٦٩٩ — وقد جاء فى هذه المذكرة ، فى شأن الحكم الصادر بانتهاء حالة الاعسار ، ما يأتى : « وتتبع فى الحكم بانتهاء حالة الاعسار . . . نفس الاجراءات الخاصة بحكم شهر الاعسار . فهو يصدر من المحكمة الابتدائية التى يقع فى دائرتها آخر محل (موطن) للمدين — ولا يتحتم صدوره من المحكمة التى أصدرت حكم شهر الاعسار . بناء على طلب كل ذى شأن (المدين أو الدائن أو خلف آل اليه مال من المدين) . ويقبل الطعن فيه بالطرق نفسها ، ولكن فى المواعيد العادية ، لأن المدد القصيرة لايلجأ اليها الا حيث تقتضى ذلك ضرورة الاستعجال عند شهر الاعسار . ويسجل هذا الحكم اداريا فى اليوم الذى يصدر فيه فى هامش تسجيل حكم شهر الاعسار ، وبهذا تتم العلانية الواجبة له بالنسبة لذوى الشأن كافة (م ٣٥٠ من المشروع) (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٩٩) .

٧١٨ — انتهاء حالة الاعسار بقوة القانون : وقد أعطى القانون مهلة للدائنين لتصفية أموال مدينهم واستيفاء حقوقهم منها ، عن طريق الاجراءات الفردية • فأمامهم خمس سنوات من تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الاعسار ، وهى مدة كافية لتصفية أموال المدين • ولايجوز أن يبقى المدين بعد انقضاء هذه المدة فى حالة الاعسار التى لحقته ، فان هذه الحالة قد غلت يده عن التصرف فى أمواله ، فوجب التوفيق بين مصلحته ومصلحة دائنيه ، فروعيت مصلحة هؤلاء باعطائهم مدة كافية لاستيفاء حقوقهم عن طريق الحجز على أموال مدينهم ، وروعيت مصلحة المدين بانهاء حالة الاعسار بقوة القانون بمجرد انقضاء هذه المدة •

وغنى عن البيان أنه بمجرد انقضاء الخمس السنوات من تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الاعسار تنتهى حالة الاعسار دون حاجة الى استصدار حكم بذلك ، بل ودون حاجة الى التأشير بذلك على هامش التسجيل ، اذ يسهل على كل ذى مصلحة يبحث حالة المدين أن يحسب انقضاء الخمس السنوات المذكورة بمجرد اطلاعه على تاريخ تسجيل التأشير بالحكم الصادر بشهر الاعسار •

المبحث الثانى

ما يترتب على انتهاء حالة الاعسار

٧١٩ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٦٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يجوز للمدين بعد انتهاء حالة الاعسار أن يطلب اعادة الديون التى كانت قد حلت بسبب شهر الاعسار ولم يتم دفعها الى أجلها السابق ، بشرط أن يكون قد وفى ديونه التى حلت دون أن يكون لشهر الاعسار أثر فى حلولها » •

وتنص المادة ٢٦٤ على ما يأتى :

« انتهاء حالة الاعسار بحكم أو بقوة القانون لا يمنـع الدائنين من الطعن فى تصرفات المدين ولا من التمسك باستعمال حقوقه وفقـا للمواد من ٢٣٥ الى ٢٤٣ (١) » .

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الاخرى : فى التقنين المـدنى السورى المادتين ٢٦٣ — ٢٦٤ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢٧٩ وفى التقنين المدنى الاردنى المادتين ٣٨٥ — ٣٨٦ (٢) .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٦٣ : ورد هذا النص فى المادة ٣٥٢ من المشروع التمهيدى عـلى الوجه الآتى : « يجوز للمدين بعد انتهاء حالة الاعسار ، أو بعد وفاء الديون التى حلت دون أن يكون لاشهار الاعسار اثر فى حلولها ، أن يطلب اعادة الديون ، التى كانت قد حلت بسبب اشهار الاعسار ولم يتم دفعها ، الى أجلها السابق ، بشرط ان يكون قد وفى جميع اقساطها التى حلت » . وفى لجنة المراجعة حذفت عبارة « أو بعد وفاء الديون التى حلت دون ان يكون لاشهار الاعسار اثر فى حلولها » ، لانها وردت فى الحالة (ب) من المـادة ٣٤٩ (م ٢٦١ من التقنين الجـديد) . واصبحت المادة رقمها ٢٧٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ « استبدلت عبارة : « قد وفى ديونه التى حلت دون أن يكون لشهر الاعسار اثر فى حلولها » بعبارة : « قد وفى جميع أقساطها التى حلت » ، لأن العبارة الاولى أوضح وادق فى بيان المقصود ، فضلا عما فى العبارة الثانية من ايهام قد يوحى بأن ماوقع عليه الوفاء هو أقساط الديون التى كانت قـد حلت بسبب شهر الاعسار مع أن المقصود غير ذلك . واصبحت المادة رقمهـا ٢٦٣ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الاعمـال التحضيرية ٢ ص ٦٩٦ — ص ٦٩٧) .

م ٢٦٤ : ورد هذا النص فى المادة ٣٥٣ من المشروع التمهيدى عـلى الوجه الآتى : « ليس للدائنين ان يطعنوا فيما يقوم به المدين بعد انتهاء حالة الاعسار من تصرف فى ماله أو من وفاء لديونه ، الا اذا انطوى هـذا التصرف أو الوفاء على الغش ، وبالقدر الذى يسمح به القانون » . وفى لجنة المراجعة عدلت المادة تعديلا أكثر دلالة على المعنى المراد ، فأصبحت مطابقة لما استقرت عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمها ٢٧٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النـواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٦٤ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٩٨ — ص ٧٠٠) .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الاخرى : التقنين المدنى السورى** م ٢٦٣ — ٢٦٤ (مطابقتان لنص المادتين ٢٦٣ — ٢٦٤ من التقنين المدنى المصرى) =

ويخلص من هذه النصوص أن حالة الاعسار متى زالت زالت معها الآثار التى كانت قد ترتبت عليها • ومن هذه الآثار التى تزول نذكر بنوع خاص سقوط أجل الدين ، فيعود الدين الى أجله السابق • كذلك المدين الذى تزول حالة اعساره بحكم قضائى أو بقوة القانون قد ينتقل من حالة اعسار قانونية الى اعسار فعلى ، فيبقى خاضعا لاحكام الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية اللتين لا تتطلبان الا الاعسار الفعلى على ما قدمنا •

فنستعرض إذن مسائل ثلاثا : ١ — زوال الآثار التى ترتبت على شهر الاعسار بوجه عام • ٢ — رجوع الاجل بعد سقوطه • ٣ — خضوع المدين بعد زوال حالة اعساره لأحكام الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية •

٧٢٠ — زوال الآثار التى ترتبت على شهر حالة الاعسار : رأينا أن هناك آثارا ترتبت على شهر حالة الاعسار • فالمدين قد غلت يده عن التصرف فى ماله ، وأصبح معرضا لعقوبة التبديد فى حالتين معينتين سبق ذكرهما ، وقد يكون حصل على أمر بتقرير نفقة له من

= **التقنين المدنى العراقى :** م ٢٧٩ — يكون للمدين الحق ، بمقتضى الحكم الصادر بانتهاء الحجر ، أن يحصل من دائرة الاجراء على قرار برفع الحجر الموقع على أمواله بسبب الحجر ، وهذا دون اخلال بما اتخذه كل دائن من الاجراءات على أموال المدين باسمه خاصة ولمصلحته وحده .

(ويلاحظ أن التقنين العراقى ينهى حالة الاعسار بطريقة تتفق مع توقيع الحجز بعد الحجر ، فالمدين يحصل من دائرة الاجراء على قرار برفع الحجز . ويحتفظ لكل دائن بما يكون قد سبق اتخاذه من اجراءات فردية ولم يعرض التقنين العراقى لعودة الاجل الساقط . كذلك لم يعرض للدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ، ولكن ما عرض له التقنين المصرى من ذلك ليس الا تطبيقا للقواعد العامة — انظر الاستاذ حسن على الذنون فى احكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١١٠) .

التقنين المدنى الأردنى : م٣٨٥ — ٣٨٦ (مطابقتان لنص المادتين ٢٦٣ — ٢٦٤ من التقنين المدنى المصرى) .

ايرادات أمواله المحجوزة . والدائنون لا يحتج بعضهم على بعض بحقوق الاختصاص التى تكون قد أخذت بعد تسجيل صحيفة دعوى الاعسار ، وقد سقطت آجال ديونهم ان لم تكن قد استبقيت أو مدت أو منحت آجال للديون الحالة .

هذه الآثار كلها تبقى ببقاء حالة الاعسار ، فاذا ما زالت هذه الحالة بحكم قضائى أو بقوة القانون ، فان الآثار التى ترتبت عليها تزول بزوالها . ومن ثم يعود للمدين حق التصرف فى أمواله ، فتنفذ تصرفاته فى حق دائنيه ، ولكن يبقى للدائنين أن يباشروا الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية كما سيأتى . ولا يصبح المدين معرضا لعقوبة التبديد ، حتى لو أخفى ماله عن دائنيه أو اصطنع ديونا صورية أو ديونا مبالغا فيها أو تعمد الاعسار ، ولا يكون معرضا فى كل ذلك الا لأحكام دعوى الصورية والدعوى البوليصية وذلك ما لم يشهر المعروفة . كذلك تنقطع النفقة التى قد تكون قدرت له ، فان النفقة لا تبقى الا ببقاء حالة الاعسار القانونى . أما حقوق الاختصاص التى كان الدائنون قد أخذوها بعد تسجيل صحيفة دعوى الاعسار ، فانها تصبح نافذة فى حق الدائنين الذين استجدوا بعد انتهاء حالة اعساره من جديد فيترتب على الحكم الجديد بشهر الاعسار آثاره تسجيل صحيفة دعوى الاعسار (١) .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى ما يأتى : « ابتداء من تاريخ تسجيل صحيفة دعوى الاعسار لا ينفذ أى اختصاص يرتب على عقارات المدين فى حق دائنيه ذوى الديون الثابتة التاريخ قبل هذا التسجيل . وقد أريد بهذا النص ضمان المساواة بين الدائنين السابقة حقوقهم على تلك الدعوى ، على نحو يقيلهم من عنباء التزاحم والتدافع . ويكون لحق الاختصاص ، فيما عدا ذلك ، جدواه بالنسبة للدائنين من أصحاب الحقوق السابقة على الدعوى ، فيما لو انتهت حالة الاعسار (م ٣٤٩ من المشروع) ، فلمن يحصل منهم على هذا الحق أن يحتج به على من تنشأ ديونهم بعد انتهاء حالة الاعسار » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٨ — ص ٦٧٩) . وقارن ما جاء فى المذكرة الايضاحية فى موضع آخر : «ويلاحظ من ناحية اخرى أن رخصة =

وننتقل الآن الى رجوع الأجل بعد سقوطه .

٧٢١ — رجوع الأجل بعد سقوطه : متى زالت حالة الاعسار ، زال أثرها فى اسقاط أجل الدين ، وعاد الدين الى أجله انسابق . ونستعرض ، لبيان ذلك تفصيلا ، الفروض التى تزول فيها حالة الاعسار :

فان زال الاعسار بحكم قضائى بسبب قيام المدين بوفاء ديونه التى حلت دون أن يكون لشهر الاعسار أثر فى حلولها ، فان الديون الباقية التى لم توف — والتى كانت آجالها قد سقطت بشهر الاعسار — تعود الى آجالها السابقة ، فتصبح ديونا مؤجلة غير حالة ، ولا تحل الا بانقضاء آجالها انقضاء طبيعيا بانقضاء المدة لا عن طريق سقوط الأجل . وتقضى بهذا كل من المادتين ٢٦١ فقرة أولى و ٢٦٣ .

وان زال الاعسار بحكم قضائى بسبب كفاية أموال المدين للوفاء بديونه الحاله منها والمؤجلة ، كانت هذه الديون طائفتين : ١ — طائفة حل أجلها حلولا طبيعيا ، أما لأنها كانت حالة وقت شهر الاعسار وأما لأنها حلت بعد ذلك بانقضاء مدة الأجل لا بسقوطه . فهذه الديون تكون حالة مستحقة الأداء ، وعلى المدين الذى زالت حالة اعساره الوفاء بها ، والا اتخذ الدائنون اجراءات التنفيذ الجبرى واستوفوا حقوقهم من أمواله ، وهى تكفى فرضا للوفاء لا بالديون الحالة وحدها ، بل بها وبالديون المؤجله . ٢ — وطائفة لم يحل أجلها ، وانما كان الاجل قد سقط بشهر الاعسار . هذه الديون اذا كانت لم توف ، تعود اليها آجالها السابقة بموجب المادة ٢٦٣ — لا المادة ٢٦١ فقرة أولى — فترجع ديونا مؤجلة ، وعند انقضاء مدة الاجل تكون مستحقة الأداء،

= الاختصاص بعقارات المدين تعود اليهم ، ويكون ما ترتب من الحقوق بمقتضاها نافذا فى حق كل دائن ليس لدينه تاريخ ثابت عند رفع دعوى شهر الاعسار » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٩٩) .

وانظر الاستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٢٦ — وقارن الاستاذ محسن شفيق فى الافلاس فقرة ٤٤ .

وعلى المدين الوفاء بها . والمفروض أن عنده من المال ما يكفى لذلك (١)، فان لم ينفذ طوعا اتخذت اجراءات التنفيذ الجبرى . ويشترط لرجوع الآجال بعد سقوطها — كما تقضى صراحة المادة ٢٦٣ — أن يكون المدين قد وفى ديونه التى حلت دون أن يكون لشهر الاعسار أثر فى حلولها ، أى أن يكون قد وفى الطائفة الأولى من الديون .

وان زال الاعسار بقوة القانون — بانقضاء خمس سنوات من تاريخ التأشير بحكم شهر الاعسار — ووفى المدين الديون التى حلت دون أن يكون لشهر الاعسار أثر فى حلولها على النحو الذى قدمناه ، كان من حقه أن يطلب — بموجب المادة ٢٦٣ لا المادة ٢٦١ فقرة أولى — ارجاع الآجال السابقة للديون التى تكون آجالها قد سقطت بسبب شهر الاعسار ولم يكن سبق الوفاء بها (٢) .

٧٢٢ — خضوع المدين بعد زوال حالة اعساره لأحكام الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية : قلنا أن المدين الذى زالت حالة اعساره بحكم قضائى أو بقوة القانون يعود له حق التصرف فى ماله . ولكن قد يقع أن هذا المدين الذى زالت حالة اعساره القانونى يبقى مع ذلك معسرا اعسارا فعليا (٣) . ففى هذه الحالة يصبح المدين خاضعا لاحكام كل من الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية . ذلك أن انتهاء حالة الاعسار بحكم قضائى أو بقوة القانون — كما تقول المادة

---

(١) وهذا مالم يكن قد اعسر مرة اخرى فى الفترة التى سبقت انقضاء الاجل ، فعند ذلك تجوز العودة الى اعساره من جديد .

(٢) قارن المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ص ٦٩٩ — ص ٧٠٠ — وهى تشرح المشروع التمهيدى قبل تعديله فى لجنة المراجعة .

(٣) ويتحقق ذلك اذا كان زوال حالة الاعسار القانونى قد تم بسبب وفاء الديون التى حلت دون أن يكون لشهر الاعسار اثر فى حلولها ، فقد لايكون عند المدين مال يكفى للوفاء بالديون التى عادت اليها آجالها ، فيكون معسرا اعسارا فعليا . ويتحقق ايضا اذا كان زوال حالة الاعسار القانونى قد تم بقوة القانون بانقضاء خمس سنوات ، فقد يبقى المدين بعد انقضاء هذه المدة معسرا اعسارا فعليا بعد زوال حالة الاعسار القانونى . بل =

٢٦٤ — لايمنع الدائنين من الطعن فى تصرفات المدين بالدعوى البوليصية ولا من التمسك باستعمال حقوقه بالدعوى غير المباشرة ، وذلك كله وفقا للمواد ٢٣٥ — ٢٤٣ مدنى ، وهى النصوص التى تبسط أحكام كل من الدعويين .

فيجوز للدائنين الى أن يستعملوا حقوق مدينهم المعسر اعسارا فعليا ، بعد زوال اعساره القانونى ، عن طريق الدعوى غير المباشرة ، فان الذى يشترط فى هذه الدعوى هو الاعسار الفعلى دون الاعسار القانونى كما قدمنا .

ويجوز للدائنين كذلك أن يطعنوا فى تصرفات المدين المعسر اعسارا فعليا ، بعد زوال اعساره القانونى ، بالدعوى البوليصية ، فان الذى يشترط فى هذه الدعوى أيضا هو الاعسار الفعلى دون الاعسار القانونى كما سبق القول . وعلى الدائنين فى هذه الحالة أن يراعوا توافر شروط الدعوى البوليصية ، الا اذا عادوا الى شهر اعسار المدين من جديد بعد توافر شروط الاعسار القانونى ، فعندئذ لاتسرى تصرفات المدين فى حقهم دون حاجة الى الطعن فى هذه التصرفات بالدعوى البوليصية .

ويخلص لنا من ذلك أن المدين قد تتعاقب عليه حالتا الاعسار القانونى والاعسار الفعلى . فان كان فى حالة اعسار قانونى ، فانه يكون خاضعا للنظام الخاص الذى بسطنا تفصيلاته فيما تقدم . أما اذا كان معسرا اعسارا فعليا فانه لايكون خاضعا لهذا النظام الخاص ، بل يخضع للنظام العام الذى يخضع له جميع المدينين ، وهو النظام الذى تسوده أحكام الدعاوى الثلاث : الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية .

= أنه اذا كان زوال حالة الاعسار القانونى قد تم بسبب كفاية أموال المدين للوفاء بجميع ديونه الحالة والمؤجلة ، اى اذا زال الاعسار القانونى والاعسار الفعلى فى وقت واحد ، فان المدين قد يعود الى الاعسار الفعلى دون أن يشهر اعساره القانونى .

فهــرس مجمل

لمشتملات المجلد الثانى

القســم الثانى

آثــار الالتزام

البــاب الاول

التنفيذ العينى

الفصــل الاول

متى يكون التنفيذ العينى

الفصـــل الثانى

كيـف يكون التنفيــذ العينى

البـــاب الثـــانى

التنفيــذ بطــريق التعــويض

الفصل الاول

التعويض القضائى

الفصل الثانى

التعويض الاتفاقى او الشرط الجزائى

الفصل الثالث

التعويض القانونى أو الفوائد

صفحة

الباب الثالث

اموال المدين تكفل تنفيذ التزاماته

ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان

الفصل الاول

الدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة

الفصل الثانى

الدعوى البوليصية

الفصـــل الثالث

دعــوى الصــورية

صفحة

الفصـــل الرابع

الحــق فى الحبس

صفحة

الفصل الخامس

الاعسار

رقم الايداع

٨٢/٤٧٩٥

مطابع مؤسسة روز اليوسف



